

Politiets adgang til bruk av infiltrasjon for å oppklare straffbare forhold.

Kandidatnummer:

509

Leveringsfrist:

25.04.2008

Til sammen 17787 ord

24.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1 INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1 Tema og hovedproblemstillinger i oppgaven	1
1.2 Hva kjennetegner infiltrasjon?	2
1.3 Avgrensning av oppgaven mot liknende etterforskningsmetoder	4
1.3.1 Innledning	4
1.3.2 Spaning	5
1.3.3 Politiets bruk av informanter	6
1.3.4 Kontrollert leveranse	8
1.3.5 Etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt	9
1.4 Behovet for infiltrasjon - kriminalitetsutviklingen	10
1.5 Rettskildesituasjonen	13
<u>2 DE RETTSLIGE RAMMENE FOR POLITIETS BRUK AV INFILTRASJON</u>	<u>15</u>
2.1 Innledning	15
2.2 Mangelen på hjemmelsgrunnlag for politiets bruk av infiltrasjon	15
2.3 Særlig om kravet om forholdsmessighet	19
2.4 EMK art 8 om retten til respekt for familieliv og legalitetsprinsippet	25
2.5 Virkning av overskridelse av de rettslige rammene	31

<u>3 INFILTRASJON OG STRAFFBARE HANDLINGER</u>	<u>32</u>
3.1 Innledning	32
3.2 Eksempler på lovbrudd fra den infiltrerende	32
3.3 Adgangen til å begå straffbare handlinger	33
3.4 Særlig om bruken av falsk legitimasjon	37
<u>4 NOEN BEMERKNINGER OM BEVISFØRSEL VED INFILTRASJON</u>	<u>40</u>
4.1 Innledning	40
4.2 Anonyme vitner	41
4.2.1 Tidligere rettstilstand	41
4.2.2 Betenkeligheter ved anonymt vitneførsel	42
4.2.2.1 Kontroll av vitnets habilitet	43
4.2.2.2 Retten til å krysseksaminere - kontradiksjonsprinsippet	45
4.2.4 Betenkeligheter ved ikke å tillate anonyme vitner	46
4.2.3 Rettstilstanden i dag	47
4.3 Bevis ervervet under ulovlig infiltrasjon	48
<u>5 Avslutning</u>	<u>51</u>
5.1 Bør infiltrasjon lovreguleres?	51
<u>6 LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstillinger i oppgaven

Politiets bruk av infiltratører til å forhindre eller oppklare straffesaker er temaet for denne oppgaven. Infiltrasjon er en av politiets metoder for å avdekke om straffbare forhold foreligger, og metoden går kort sagt ut på at ”politiet, ved sine egne ansatte eller utenforstående medhjelpere, går inn i et kriminelt miljø for å få tak i opplysninger som man ikke ville få ved vanlig etterforskning”.¹ Infiltrasjon klassifiseres ofte som ekstraordinær eller utradisjonell, i motsetning til mer tradisjonell etterforskning som for eksempel avhør av vitner eller åstedsgranskning. Kriminalitetsutviklingen² har ført til at politiet i større grad enn tidligere må benytte utradisjonelle etterforskningsmetoder, fordi de tradisjonelle metodene ofte kommer til kort i møte med den nyere tids kriminalitet.

Folk flest har noe kjenneskap til infiltrasjon gjennom utallige amerikanske spenningsfilmer der en ”under cover” politimann tar seg inn i et kriminelt miljø for å avsløre bakmennene i en forbryterliga. Fra virkeligheten kjenner sikkert noen også til ”Skrik”-saken der infiltratører ble benyttet for å skaffe tilbake Munchs kjente maleri som ble stjålet fra Nasjonalgalleriet.³ Det er denne type etterforskning som skal drøftes nærmere i oppgaven.

Den videre femstillingen blir slik at særtrekkene ved infiltrasjon skal gjennomgås først. I denne sammenhengen skal også oppgavens tema avgrenses mot andre liknende politietterforskningsmetoder, og det skal så fortelles litt om samfunnsutviklingen som har ført til et større behov for å benytte denne utradisjonelle etterforskningsmetoden. Deretter skal det gjøres rede for rettstilstanden i dag med fokus på de rettslige rammene for politiets bruk av infiltrasjon. Siden denne etterforskningsmetoden kan føre til at infiltratøren selv

¹ Andenæs' definisjon i Norsk straffeprosess 1994 bind I s. 257

² Se kap. 1.4

³ Rt 1998 s. 407

havner i en situasjon der han selv anser det nødvendig å bryte noen lovbestemmelser, skal denne problemstillingen med hensyn til eventuelle strafferettslige følger også belyses. Jeg skal også nevne litt om noen av de straffeprosessuelle utfordringene når/hvis saken engang kommer opp for domstolene, og da skal det først og fremst fokuseres på bevisførsel under domstolsbehandlingen. Avslutningsvis skal det drøftes om infiltrasjon bør lovreguleres.

1.2 Hva kjennetegner infiltrasjon?

Det som kjennetegner infiltrasjon er at politiet opptrer i et kriminelt miljø under uriktig identitet. I NOU 2004:6 punkt 7.5.1.1 uttaler Politimetodeutvalget at det sentrale ved infiltrasjon, i tillegg til kontakten mellom politiet og det miljøet tiltakene retter seg mot, er at politiet får opplysninger ved å holde sin identitet skjult. Personen skal altså tro at han samhandler med en for han fortrolig. Ved bruk av infiltrasjon er det av avgjørende betydning at de som blir utsatt for metoden, er uvitende om at infiltratøren arbeider for politiet.

Infiltrasjon kan enten skje ved at politiet benytter egne ansatte eller utenforstående medhjelpere. At også andre enn politiet kan benyttes til å infiltrere, er viktig i et lite land som Norge der det kan være vanskelig for politiet å komme seg inn i det kriminelle miljøet. Det har også hendt at politiet har benyttet seg av utenlandske polititjenestemenn. Dette var for eksempel tilfellet i ”Skrik”-saken⁴ der to britiske politimenn ble satt inn for å skaffe tilbake det kjente maleriet som ble stjålet fra Nasjonalgalleriet.

Infiltrasjon omtales gjerne som en utradisjonell eller ekstraordinær etterforskningsmetode (Disse begrepene vil bli brukt om hverandre i den videre fremstillingen). Selv om disse begrepene ikke er brukt i straffeprosessloven, er de nevnt i forarbeidene. I en utredning fra Metodeutvalget oppnevnt av Justisdepartementet omtales infiltrasjon som en utradisjonell eller ekstraordinær etterforskningsmetode:

⁴ Rt 1998 s. 407

” Det det først og fremst tenkes på med begrepene utradisjonelle eller ekstraordinære etterforskningsmidler er infiltrasjon, provokasjon og telefonkontroll.”⁵

Denne klassifiseringen av infiltrasjon som en utradisjonell eller ekstraordinær etterforskningsmetode er også gjort av Høyesterett i Rt 1984 s. 1076 ⁶

Infiltrasjon har elementer av et dobbeltspill som skiller seg fra en tradisjonell eller ordinær etterforskning.⁷ I motsetning til for eksempel bruk av informanter innebærer metoden at politiet manipulerer sine omgivelser og slik henter inn informasjon fra vedkommende, som er i villfarelse med hensyn til hvem han er i kontakt med.⁸

En infiltratør må oppsøke det miljøet som det søkes opplysninger fra, og for å gjøre dette må han ofte forandre på sin væremåte eller klesstil for å kunne manipulere sine omgivelser, og få miljøet til å tro at man har å gjøre med en av sine egne. Dette kan gjøres ved å sørge for et antrekk, utseende og opptreden som gjør at han kan ferdes i det miljøet som det søkes å innhente opplysninger fra uten å vekke oppsikt. En politimann kan for eksempel kle seg ut som en fotballsupporter for å infiltrerer en fotballpub der en gruppe tilhengere holder til i anledningen av en kamp som skal spilles senere. Selve årsaken til infiltrasjonen kan være å skaffe opplysninger om noen planlegger å medbringe våpen eller lignende inn på fotballstadionen, eller for å sjekke om noen planlegger bråk i etterkant av kampen. Det sier seg selv at hvis politiet i lignende situasjon hadde møtt opp i polituniform og stilt spørsmål, så ville det være meget begrenset hvor mye opplysninger man kunne få om eventuelle straffbare handlinger.

Det kan til slutt nevnes at i noen tilfeller kan det være nødvendig for infiltratøren å foreta handlinger som i prinsippet er ulovlige. Det kan for eksempel dreie seg om en som må kjøpe narkotika for å skaffe seg troverdighet i det narkotikamiljøet som han ferdes i. Slike handlinger vil noen ganger være nødvendige for at en infiltratør skal kunne spille sin rolle

⁵ NOU 1997:15 punktum 4.1.5 tredje avsnitt

⁶ Rt 1984 s 1076 s. 1079 1.avsnitt

⁷ Andenæs Norsk straffeprosess bind 1 2000 s. 286 siste avsnitt

⁸ Augeland, Mæland, Røsandhaug Politirett 2004

med stor overbevisning. Problemstillinger som disse handlingene kan reise, skal det skrives mer om i Kap 3. Et viktig krav for infiltratøren er at han ikke gjør noe som påvirker det hendelsesforløpet som er under oppsikt. Dersom en slik påvirkning foreligger får etterforskningen karakter av å være en etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt. Selv om provokasjonsliknende tilsnitt som utgangspunktet faller utenfor oppgavens tema, har metoden en slik tilknytning til infiltrasjon at temaet må berøres i noen sammenhenger. Hvordan slike handlinger skal avgrenses mot infiltrasjon behandles i Kap 1.3.5

1.3 Avgrensning av oppgaven mot liknende etterforskningsmetoder

1.3.1 Innledning

Straffeprosesslovens § 226 første ledd er det naturlige utgangspunkt for enhver etterforskning, og i henhold til denne paragrafen er formålet med etterforskningen ”å skaffe til veie de nødvendige opplysninger for å avgjøre spørsmålet om tiltale, og for å tjene som forberedelse for rettens behandling av saken”. Etterforskning har også etter den samme paragrafen som mål å avverge staffbare handlinger. Politiet har en rekke ulike etterforskningsmetoder til bruk for å nå disse målene. Her skal kun de nevnes som står i en slik nærhet til infiltrasjon at noen avgrensninger er nødvendige for å skille disse etterforskningsmetodene fra hverandre.

Infiltrasjon må oppad avgrenses mot etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt og nedad mot spaning, politiets bruk av informanter og det som kalles kontrollert leveranse. De sistnevnte metodene regnes som mere vanlige etterforskningsmetoder, mens etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt og infiltrasjon hører med til gruppen av de utradisjonelle etterforskningsmetodene.⁹ Å skille disse ulike etterforskningsmetodene fra hverandre kan enkelte ganger være vanskelig. Dette gjelder særlig med tanke på at et vanlig spaningsoppdrag over tid kan utvikle seg til infiltrasjon, som igjen kan utvikle seg til en etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt.

⁹ NOU 1997:15 4.1.5 tredje avsnitt

1.3.2 Spaning

Spaning er en form for etterforskningsmetode som ved siden av avhør ofte blir benyttet av politiet.¹⁰ Det som kjennetegner spaning er at politiet passivt overvåker en person, en gruppe eller et sted for å enten avdekke eller hindre et straffbart forhold, eller for å få opplysninger om noe ulovlig som allerede har skjedd. Ved spaning kan man også benytte hørselen, men det er viktig å understreke at dette er noe annet enn det som kalles avlytting. Avlytting blir sett på som noe mer integritetskrenkende og innebærer som regel at man ved hjelp av tekniske hjelpemidler avlytter samtaler uten at de som snakker er klare over det. Ved spaning er det som regel en mer "tilfeldighet" at man overhører samtaler, det eneste hjelpemidlet man bruker er sin egen hørsel. For å bruke et eksempel kan det tenkes seg at politiet under et spaningsoppdrag mot en mistenkt narkotikahandler, sjekker seg inn på naborommet til den mistenkte på et hotell. Dersom politiet da har muligheten til å lytte til det den mistenkte sier, fordi veggene er tynne, er det fortsatt spaning det er snakk om. Avlytting vil det først være dersom politiet benytter seg av tekniske hjelpemidler for å høre hva den mistenkte sier.

Noen ganger kan det være vanskelig å trekke grensen mellom spaning og infiltrasjon. Grunnen til dette er at i ytterkantene så kan det være små gradsforskjeller mellom en spaner og en infiltratør. Dersom en politimann i sivil følger med på en gjeng narkomane på Oslo S fra avstand, vil han være en spaner. Men dersom den samme politimannen kler seg ut som en narkoman i slitte klær og stiller seg midt blant de narkomane, vil man nok kalle metoden for infiltrasjon¹¹. Det avgjørende her for å trekke grensen mellom infiltrasjon og spaning er graden av aktivitet. Som tidligere nevnt kjennetegnes spaning ved at spaneren forholder seg passivt og "bare" observerer objektet. Ved infiltrasjon derimot kreves det en mer aktiv deltagelse fra vedkommende. Denne sontringen har også Metodeutvalget lagt til grunn i sin utredning:

¹⁰ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8 annet avsnitt

¹¹ Et lignende eksempel er brukt i NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.1 avsnitt 6

”Kjernen i all spaning er at den forutsettes å være passiv. I den grad polititjenestemenn som spaner utviser en form for aktivitet i forhold til det miljøet det spanes på, vil spaningen kunne gli over i infiltrasjon.”¹²

En annen forskjell er at mens spaneren bare er interessert i å holde et øye fra avstand, vil infiltratøren forsøke å få kontakt og å skape tillit til seg selv, for å få opplysninger om hva den mistenkte har gjort eller planlegger å gjøre. Forskjellen mellom spaning og infiltrasjon ligger dermed i hva man ønsker å oppnå med etterforskningsmetoden. Dersom man bare ønsker å observere en mistenkt for å se hvem han har kontakt med og hva han gjør, så er det ofte tilstrekkelig med et vanlig spaningsoppdrag. Men dersom man ønsker å gjøre seg kjent med tankene eller planene til en person eller få flere opplysninger som ikke kan skaffes ved hjelp av spaning, bruker man gjerne en infiltratør. Man kan gjerne si at infiltrasjon i forhold til spaning er et skritt videre i etterforskningen.

1.3.3 Politiets bruk av informanter

Infiltrasjon må nedad også avgrenses mot politiets bruk av informanter. En slik metode innebærer at politiet aktivt henter inn eller mottar informasjon om straffbare handlinger fra utenforstående. En informant, eller en tyster, er ofte en person politiet etablerer et fast samarbeid med, men tilfeldige engangskontakter er også vanlig.¹³

Informanter kan selv være kriminelle eller de kan omgås i det kriminelle miljøet uten selv å være kriminelle. Motivet for informantenes vilje til å gi informasjon til politiet kan være ulikt. Noen kan ha et hevnmotiv; de ønsker å hevne seg på en person ved å gi opplysninger om vedkommendes ulovlige handlinger slik at det kan føre til hans arrestasjon. Andre kan la seg friste av vederlaget man mottar for opplysningene. Å gi vederlag for opplysninger er en lovlig etterforskningsmetode som har vært brukt i mange år.¹⁴ Det kan reises ulike spørsmål angående denne metoden å etterforske på, blant annet om troverdigheten til

¹² NOU 1997:15 punkt 4.2.8.1 tredje avsnitt

¹³ Augeland, Mæland og Røsandhaug Politirett 2004

¹⁴ Riksadvokatens rundskriv Nr 2/2000: Vederlag til politiets kilder

informanten, men dette skal jeg ikke gå nærmere inn på. Hovedoppgaven her er å gjøre rede for grensen mellom politiets bruk av informanter og politiets bruk av infiltratører.

Dersom en politimann eller en privatperson, på oppdrag fra politiet, oppsøker et kriminelt miljø og tar seg inn i dette miljøet ved å bygge kontakter og manipulere sine omgivelser, taler man ofte om infiltrasjon. Men hvis noen på eget initiativ, og uten politiets innblanding, får tak i opplysninger som senere gis til politiet taler man gjerne om en informant. Forskjellen ligger altså i at ved infiltrasjon så har politiet på forhånd tatt initiativ til handlingen (infiltreringen) som fører til at politiet får tak i de opplysninger som de er på jakt etter, mens det ved bruk av informant er snakk om en nærmest tilfeldighet at politiet får disse opplysningen. En informant er heller ikke i det kriminelle miljøet på oppdrag fra politiet, han omgås kriminelle på eget initiativ, og som oftest i egen interesse. I NOU 2004:6 uttales dette om forholdet mellom tysting og infiltrasjon:

” En informant nøyer seg med å gi politiet opplysninger. Dersom han på politiets oppdrag infiltrerer et kriminelt miljø, eller gjennomfører en provokasjon på vegne av politiet, vil han betegnes som politiagent.”¹⁵

I en høyesterettsdom fra 1990¹⁶ uttrykkes det noe om grensen mellom politiets bruk av informant og politiets bruk av en infiltratør. Saken gjaldt anskaffelse av sprengstoff med sikte på sprengning av et asylmottak. En av de som opprinnelig var med på sammensvergelsen hadde senere blitt skeptisk til sine venners planer og bestemte seg for å avsløre virksomheten. Han tok derfor kontakt med en etterforsker, og avslørte planen. Deretter fortsatte han i en slags dobbeltrolle der han tilsynelatende skulle delta i aksjonen mot asylmottaket, samtidig som han samarbeidet med etterforskerne. Høyesterett mente at dette ikke dreide seg om noen form for infiltrasjon og at etterforskningen hadde utgangspunkt i tradisjonell tysting¹⁷.

¹⁵ NOU 2004: 6 punkt 7.6.2.1 første avsnitt

¹⁶ Rt 1990 s. 531

¹⁷ Rt 1990 s 531 jf. s.534 sjette avsnitt

Et relevant punkt i denne saken var at han som tipset politiet om denne saken selv hadde tatt initiativet til dette og han var i utgangspunktet med i denne virksomheten av egen vilje. Dommen bærer bud om at dersom det var politiet som hadde oppsøkt avhopperen og overtalt han til å forsette i en slags dobbeltrolle, så hadde saken kanskje stilt seg annerledes. Infiltrasjon forutsetter altså at politiet på forhånd har foranlediget eller vært klar over den aktuelle forbindelsen, dette var ikke tilfellet i denne saken.

1.3.4 Kontrollert leveranse

Med kontrollert leveranse menes at noen ulovlige varer, for eksempel narkotika, ulovlig sprit eller våpen, ikke hindres i å bli ført inn i riket. Dette selv om innførselen er kjent og beslagleggelse kunne ha vært gjennomført ved innførsel. Grunnen til at man ikke ønsker å gå til aksjon mot den ulovlige innførselen med en gang, er at man ønsker å nå fram til kurerenes samarbeidspartnere og forbindingsledd¹⁸. Kontrollert leveranse skiller seg i det ytre altså ikke stort fra et vanlig spaningsoppdrag.

Høyesterettsavgjørelsen i Rt 1986 s. 779 handlet om en såkalt kontrollert leveranse. Saken omhandlet medvirkning til innførsel av ca to kilo teknisk rent amfetaminsulfat. Stoffet ble beslaglagt hos kureren ved innførsel, og i samarbeid med han arrangerte politiet overlevering av stoffet til mottakeren i Norge. Mellom kureren og politiet var hele tiden en forutsetning at han fortsatt skulle følge de instruksene han hadde fått av oppdragsgiveren. Politiet overvåket det hele ved hjelp av spaning, telefonavlytting og opptaksutstyr. Ved overleveringen av det ulovlige stoffet, ble mottakeren pågrepet. Forsvaret hevdet at det her dreide seg om etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt, noe som også omfatter bruk av infiltratør. Høyesterett uttalte om dette:

”Den fremgangsmåten som her ble valgt, har trekk til felles med såkalt ”controlled delivery”, omtalt i riksadvokatens retningslinjer. Her har man imidlertid unnlatt å gjøre bruk av noen infiltratør. Fremgangsmåten i denne sak avviker- etter mitt skjønn- ikke i

¹⁸ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.6 første del

særlig grad fra tradisjonell etterforskning i sak hvor man lykkes å få hånd om gjenstander brukt i forbrytersk øyemed.”¹⁹

Det spiller altså stor rolle på hvilket tidspunkt politiet kommer inn i bildet. Dersom en forbrytersk handling allerede er i gang og politiet får opplysninger om den og bare overvåker hendelsesforløpet for å avsløre bakmenn, så dreier det seg bare om en kontrollert leveranse. Dette gjelder etter rettspraksis også selv om en av de involverte samarbeider med politiet. Forutsetningen er likevel at samarbeidet startet etter at den forbryterske handlingen allerede var i gang. Dersom samarbeidet starter før den forbryterske handlingen er startet, er det mer nærliggende å kalle aksjonen for infiltrasjon

1.3.5 Etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt

Etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt er en metode som kort fortalt består i at politiet fremprovoserer en situasjon slik at de for eksempel kan beslaglegge narkotikaen, avsløre de involverte partene og hindre at stoffet kommer ut på gaten. Andenæs uttrykker det slik at det foreligger provokasjon ”når politiet fremkaller (fremprovoserer) en straffbar handling for å få bevis mot gjerningsmannen”.²⁰

Det er verdt å merke seg at akkurat som forskjellen mellom spaning og infiltrasjon ligger i graden av aktivitet, der spaning vil være den ”passive” metoden²¹ i forhold til infiltrasjon, er det også en lignende forskjell i graden av aktivitet mellom infiltrasjon og etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt. Men forskjellen er at i sammenligning mellom de to sistnevnte metodene, er det denne gangen infiltrasjon som kan betegnes som den ”passive” metoden. Begge metodene innebærer at politiet tar kontakt med en person eller et miljø uten å røpe sin egentlige identitet for å tilegne seg informasjon, men hovedforskjellen er at infiltratøren forholder seg passiv med hensyn til den straffbare adferd. Ved provokasjon infiltrerer politiet først og så påvirker man straffbare handlinger som andre foretar. Dersom hendelsesforløpet ikke påvirkes, og politiet bare samler informasjon ved å være til stede,

¹⁹ Rt 1986 s. 779 side 783 siste avsnitt

²⁰ Andenæs Norsk straffeprosess Bind 1 2000

²¹ Se punkt 1.3.2 andre avsnitt

foreligger bare ren infiltrasjon. All etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt vil altså i bunn og grunn starte med infiltrasjon. Men der en vanlig infiltratør vil ”stoppe” ved å forholde seg passiv med hensyn til den straffbare adferd, vil man i en etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt ta ”et skritt videre”²² og prøve å påvirke hendelsesforløpet. Denne videreutviklingen i etterforskningen beskrives godt i eksemplet brukt i metodeutvalgets utredning:

”Som et eksempel kan man tenke seg en politimann som etterforsker distribusjon av barnepornografi på Internett. I den grad han kun er inne på allment tilgjengelige områder for å se hva som diskuteres og hva som tilbys, er dette spaning. Hvis han deltar i diskusjonsgrupper eller tar direkte kontakt med andre terminaler og utgir seg for å være interessert i temaet, har han begynt å infiltrere. Slik infiltrasjon forekommer. Politiet har blant annet sendt ut forespørsel på diskusjonsgrupper til Internett om: « Er det noen som har barnepornografi?» Hvis en slik infiltratør tilbys barnepornografisk materiell, vil etterforskningen få et provokasjonstilsnitt.”²³

Det er flere betenkeligheter som melder seg ved etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt, men disse faller utenfor rammene av denne oppgaven som begrenses til de rene infiltrasjonstilfellene.

1.4 Behovet for infiltrasjon – kriminalitetsutviklingen

Hvilke etterforskningsmetoder politiet bruker vil hele tiden være avhengig av kriminalitetsutviklingen i samfunnet. For å kunne bekjempe kriminalitet er det viktig at politiet hele tiden utvikler sine etterforskningsmetoder i takt med den utviklingen som foregår i den kriminelle verden der aktørene stadig finner nye måter å begå straffbare handlinger på. Der gjeldende etterforskningsmetoder er tilstrekkelige er det ikke noe behov for å utvide metodebruken, men der de ikke er tilstrekkelige er det viktig at politiet tar initiativ og hele tiden prøver å holde følge med utviklingen ved blant annet å benytte utradisjonelle etterforskningsmetoder.

²² NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.1 siste avsnitt

²³ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.1 siste avsnitt

Statistikk viser at det har skjedd en betydelig økning når det gjelder den ”offerløse” kriminaliteten.²⁴ Narkotikakriminalitet betegnes ofte som en kriminalitet uten offer, fordi de som er involvert sjelden vil være interessert i at politiet aksjonerer mot noen av de involverte partene. En som selger narkotika vil være interessert i at han fortsatt skal ha mulighet til å selge sine varer til en kjøper, mens en som kjøper narkotika vil være interessert i at han alltid vil kunne ha en ubegrenset tilgang til stoffet gjennom sin selger. Begge parter har altså en felles interesse i at stoffet blir omsatt, og derfor vil politiet sjelden få noen anmeldelser.²⁵ Denne ”felles interessen” er årsaken til at på dette området er antall anmeldte saker utelukkende et resultat av at politiet og andre kontrollmyndigheter selv avslører og anmelder det kriminelle forholdet²⁶. Disse sakene skiller seg stort fra vinningsforbrytelser der nesten alle anmeldelser stort sett skjer av den som har blitt utsatt for den kriminelle handlingen. For å holde følge med denne utviklingen er det viktig at politiet benytter seg av andre etterforskningsmetoder enn de som blir regnet som de tradisjonelle. Bruk av infiltrasjon, enten det dreier seg om ren infiltrasjon eller etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt, vil her være et viktig etterforskningsmetode for å bekjempe den type kriminalitet.

Det har også vært en betydelig økt fokusering på organisert kriminalitet i Norge i de senere årene. Selv om politiet selv ikke har noe oversikt over omfanget av den organiserte kriminaliteten, så vet vi ut i fra utviklingen i andre land at den bare vil forsete å øke også her i landet.²⁷ Denne type kriminalitet er preget av vold og trusler, og en intern lojalitet som fører til at få tør å røpe noe av frykt for represalier. Disse miljøene er derfor svært lukkede og det er vanskelig for politiet å få noe informasjon om dem. I tillegg er disse miljøene også svært profesjonelle, og de involverte har lang kriminell erfaring bak seg. Tradisjonelle etterforskningsmetoder som bruk av informanter og spaning kommer ofte til kort i denne sammenhengen, og derfor vil bruken av infiltrasjon være en effektiv etterforskningsmetode.

²⁴ NOU 2004: 6 punkt 9.1.2 tredje avsnitt

²⁵ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.5 første avsnitt

²⁶ NOU 2004: 6 punkt 9.1.2 tredje avsnitt

²⁷ NOU 2004: 6 punkt 9.1.3.2 tredje avsnitt

Spesielt etter 11. september har det også blitt et økt fokus på terror. Selv om Norge så langt har vært spart²⁸ for slike handlinger som andre land i den vestlige verden har opplevd, er trusselen fortsatt reel. Dette ble vi påmint om så sent som i 2003. Den 21. mai det året ble det fremsatt trusler på et lydbånd mot en rekke vestlige mål og Norge var blant de landene som ble spesifisert²⁹. Også etter urolighetene i en rekke muslimske land som følge karikatur tegningene av profeten Mohammed ble vi påmint om at terror ikke lenger er noe som bare skjer i andre land. Den gangen var det Danmark som ble mest utsatt, men det kunne like gjerne ha vært Norge. Trusselbildet de siste årene er preget av fremveksten av religion som den største motivasjonen bak terrorhandlinger³⁰. Et eksempel på dette er bombingene av Londons undergrunnsbane. Bak den terrorhandlingen viste det seg å være fire britiske ungdommer av pakistansk opprinnelse. De hadde mest sannsynlig selv vært ofre for en slags islamistisk radikaliserings, og noe lignende kan ikke utelukkes at det kan skje her i landet også. Dersom en slik radikaliserings av miljøer foregår her i landet, er det viktig å forebygge og å slå ut potensielle terrormiljøer før de får fotfeste. Det er viktig at norske islamistiske miljøer, og hvilken som helst andre miljøer for den saks skyld, ikke skal få bli skjulested for voldelige elementer her i landet. Bruken av infiltrasjon er bare en av en rekke etterforskningsmetoder som politiet har til sin disposisjon for å takle de utfordringene denne typen kriminalitet fører med seg.

Det må til slutt også bemerkes at også utenfor disse typer forbrytelser kan infiltrasjon være en effektiv etterforskningsmetode, særlig der vanlig etterforskning ikke anses tilstrekkelig. Det kan i denne sammenheng vises til uttalelser i ”Skrik”-saken³¹ der to utenlandske tjenestemenn ble benyttet som infiltratører for å skaffe tilbake Munch-maleriet. Saken

²⁸Det finnes noen unntak fra dette: Mens denne oppgaven skrives er straffesaken mot terrortilalte Arfan Q. Bhatti under behandling i Oslo tingrett. Bhatti er blant annet tiltalt etter straffeloven § 147 a, 3 ledd, jf. 1 ledd litra b), jf. § 148 og § 233, for å ha planlagt eller forberedt en terrorhandling ved å inngå forbund med noen om å begå en slik handling, i det forsettet med handlingen var å skape alvorlig frykt i en befolkning.

²⁹ NOU 2004: 6 punkt 9.2.6.2 tredje avsnitt

³⁰ NOU 2004: 6 punkt 9.2.6.1 fjerde avsnitt

³¹ Rt 1998 s. 407

handlet om infiltrasjon med provokasjonsliknende tilsnitt, men uttalelsene gjaldt bruken av de ekstraordinære etterforskningsmetoder generelt:

”I Rt-1984-1046, som riktignok var en narkotikasak, er det (på side 1080) i tilslutning til forarbeidene uttalt at ekstraordinære etterforskningsmetoder – også etterforskningsmetoder med provokasjonstilsnitt – kan aksepteres ved alvorlige lovovertridelser – som ikke er nærmere spesifisert der heller – forutsatt at vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige. Jeg viser også til drøftelsen i avgjørelsen i Rt-1993-473.

”skrik”-sakens karakter av vinningsforbrytelse kan således ikke være avgjørende. Jeg finner det heller ikke tvilsomt at ”skrik”-saken for øvrig er en slik sak hvor det på grunn av alvoret og situasjonen var tillatt å bruke ekstraordinære etterforskningsmetoder. Maleriet har en særdeles høy både økonomisk og ideell verdi. Strafferammen for grovt tyveri er fengsel i seks år. Vanlige etterforskningsmetoder fremsto som utilstrekkelige slik saken lå an. Jeg peker særlig på tidsmomentet og faren for at maleriet kunne bli ødelagt.”³²

1.5 Rettskildesituasjonen

Infiltrasjon er ikke lovfestet³³, verken straffeloven eller straffeprosessloven har noen bestemmelser om denne etterforskningsmetoden. Men selv om metoden ikke er lovregulert, finner man en rekke uttalelser om infiltrasjon og andre utradisjonelle etterforskningsmetoder i straffe- og straffeprosesslovgivningens forarbeider. Så tidlig som i forarbeidene til straffeprosessloven, Ot. prp. nr. 35 (1978-79), ble det reist spørsmål om lovfesting av de ekstraordinære etterforskningsmetodene. Den gangen var lovgivers holdning at metodene ikke skulle lovreguleres, og at det skulle bli opp til domstolene å trekke opp linjene. Mange år senere ble Metodeutvalget oppnevnt av Justis- og politidepartementet for å evaluere politiets etterforskningsmetoder. I utredningen av Metodeutvalget, NOU 1997: 15, ble problemstillinger rundt infiltrasjon diskutert og det ble gjort rede for rettstilstanden. Metodeutvalgets utredning ble fulgt opp i Ot.prp nr.64 (1998-99) og i Innst.O nr.3 (1999-2000), som førte til visse endringer i lovgivningen, men det ble ikke vedtatt noen lovbestemmelser som omfattet infiltrasjon. I 2004 kom Politimetodeutvalget med en ny utredning. Uttalelsene om infiltrasjon i NOU 2004: 6 bygget i stor grad på det som ble diskutert i utredningen fra Metodeutvalget, men den inneholdt i tillegg et forslag om å regulere infiltrasjon. Disse forarbeidene vil derfor være

³² Rt 1998 s. 407 saken side 409 avsnitt 4 og 5

³³ Se neste kapittel

relevante rettskilder ved drøftelsen av infiltrasjon. Vekten til disse rettskildene vil forsterkes ytterligere med tanke på at det generelt foreligger få rettskilder på dette område. Argumentet som kan tale imot å tillegge disse forarbeidene avgjørende vekt, er at uttalelsene i forarbeidene ikke har resultert i noen lovbestemmelser og derfor vil særlig Høyesterett i mindre grad føle seg bundet av disse.

Siden lovregulering ikke finnes på område og forarbeidene selv legger opp til at domstolene trekker opp grensene ved infiltrasjon og andre utradisjonelle etterforskningsmetoder, vil rettspraksis utvilsomt være en viktig rettskildefaktor på området. Problemet her er at de gangene infiltrasjon kommer opp til behandling for domstolene, er det nesten alltid i forbindelse med etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt. De fleste uttalelsene omhandler derfor provokasjon og ikke ren infiltrasjon. Men i den grad det er mulig å trekke noen slutninger angående infiltrasjon eller de utradisjonelle etterforskningsmetodene generelt, vil rettspraksis ha avgjørende betydning.

I Rt 1984 s. 1076 uttales det at: ”I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelig rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt.” Av de alminnelige rettsprinsippene som gjelder for politietterforskningen, er det spesielt forholdsmessighetsprinsippet og legalitetsprinsippet som er av størst interesse når det gjelder infiltrasjon.

Etter menneskerettsloven § 2 nr.1 gjelder Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) som norsk lov. Bestemmelsen inkorporerer altså EMK i norsk rett. Det er særlig EMK art. 8 om retten til privatliv som kommer til anvendelse der politiet benytter infiltrasjon, og ved tolkingen av bestemmelsen vil praksisen til Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) være av avgjørende betydning.

Det kan til slutt også bemerkes at Riksadvokaten de siste 20 årene har utferdiget et rundskriv om bruk av infiltrasjon som etterforskningsmetode,³⁴ men disse er holdt hemmelige under påberopelse av blant annet offentlighetsloven § 6 første ledd nr 2 bokstav c. Formelt sett er disse rundskrivene eller retningslinjene bare en instruks fra overordnet påtalemyndighet til underordnede tjenestemenn og ikke bindende for domstolene. Ettersom noen av disse rundskrivene i tillegg er holdt hemmelige kan det stilles spørsmål ved hvilke rettskildemessig vekt de da vil få.

2 De rettslige rammene for politiets bruk av infiltrasjon

2.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg med utgangspunktet i forarbeider, rettspraksis, samt legalitetsprinsippet i norsk rett og EMK art 8 om retten til respekt for privatliv, forsøke å beskrive hvor langt retten til å benytte denne utradisjonelle etterforskningsmetoden rekker. Poenget med dette kapittelet er å få frem at selv om infiltrasjon ikke er lovhjemlet, er metoden likevel underlagt rettslige skranker.

2.2 Mangelen på hjemmelsgrunnlag for politiets bruk av infiltrasjon

Infiltrasjon er som tidligere nevnt ikke lovhjemlet,³⁵ og slik er også tilfellet for de andre ekstraordinære etterforskningsmetodene. Dette betyr at forarbeidene, og praksis fra Høyesterett får stor betydning når grensene for infiltrasjon skal trekkes. Som tidligere nevnt er rettspraksis på området ikke alltid direkte anvendelig på infiltrasjon som sådan,³⁶ men jeg skal prøve trekke fram, så langt det lar seg gjøre, det som har betydning også for ren infiltrasjon.

³⁴ Bevisbruk under straffesak av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll eller infiltrasjon, Jens Petter Berg, Yulex 2001, side 75, andre avsnitt

³⁵ Se kap 1.4

³⁶ Se kap. 1.4

Spørsmålet om lovregulering ble tatt opp av Riksadvokat Dorenfeldt på politisjefmøtet 26 april 1978 i et foredrag om ekstraordinære etterforskningsmetoder kan aksepteres i visse saker.³⁷ I dette foredraget trakk riksadvokaten opp enkelte retningslinjer med hensyn til bruk av en mer aktiv etterforskning i narkotikasaker enn vanlig. Han konkluderte ellers med ”at man ikke bør regulere det spørsmål som er oppstått, ad lovgivnings vei”.³⁸ I forarbeidene til den nå gjeldende straffeprosessloven³⁹ nevnes Riksadvokat Dorenfeldts foredrag om ekstraordinære etterforskningsmetoder, og Justisdepartementet sier seg enige i at det ikke er grunn til å lovregulere de etterforskningsmetodene som var nevnt i foredraget.⁴⁰

Heller ikke Justisdepartementets lovavdeling fant grunn til å gå nærmere inn på denne mangelen av lovhjemmel i tilknytning til bruken av spaning og infiltrasjon som etterforskningsmetoder i politiet i lovproposisjonen om politimetoder:

”Departementet er enig med Metodeutvalget i at det for tiden ikke er grunn til å innføre generelle regler om spaning og infiltrasjon. Det er her i første rekke tale om mer tradisjonelle etterforskningsmetoder som ikke er så inngripende at det er behov for lovregulering..”⁴¹

Det er verdt å merke seg at her er metoden infiltrasjon betegnet som en ”mer tradisjonell etterforskningsmetode”. Dette er i kontrast til bruk av infiltrasjon i kombinasjon med provokasjon som i Dorenfeldts artikkel, og for øvrig også i NOU 1997: 15, er betegnet som en ekstraordinær etterforskningsmetode.

Synspunktet om at de ekstraordinære etterforskningsmetodene ikke bør lovreguleres er også fulgt opp av Høyesterett. Den avgjørelsen som er av størst interesse her er

³⁷ Foredraget er trykt i Lov og Rett 1978 nr 7 side 291

³⁸ Lov og Rett 1978 nr 7 side 302 siste avsnitt

³⁹ Se Ot. prp. nr 35(1978-79)

⁴⁰ Ot. prp. nr 35 femte del kap18 tredje avsnitt

⁴¹ Ot. prp. nr 64 (1998-99) s 122 avsnitt 1.6.1.4

prinsippavgjørelsen av 1984.⁴² Her blir forarbeidene til straffeprosessloven av 1981, som på domstidspunktet ennå ikke hadde trådt i kraft, nevnt og det uttales at Justisdepartementet konkluderte med at det ikke fantes noen grunn til å lovregulere de ekstraordinære etterforskningsmetodene ”på nåværende tidspunkt”⁴³. Det uttales så videre at:

”Det fremgår av den drøftelse jeg nettopp har vist til i forarbeidene til den nye straffeprosesslov, at når lovgiveren har avstått fra å gi regler om bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, har det ikke vært ut fra den forutsetning at slike metoder skulle være helt forbudt. Meningen har vært at grensen bør trekkes av domstolene i det enkelte tilfelle.”⁴⁴

Høyesterett uttrykker altså at det i mangel av lovgivning, tilkommer domstolene å trekke de nærmere grensene for adgangen til å bruke ekstraordinære etterforskningsmetode. I Ot prp nr 64 (1998-99) presiserer departementet også at de ikke ser bort fra at utradisjonelle etterforskningsmetoder med tiden utvikler seg slik at lovregulering blir nødvendig.⁴⁵ I første omgang vil man altså avvente med lovreguleringen og heller observere de reglene som utvikler seg gjennom rettspraksis.

I Høyesterettsdommen fra 1984 uttales det videre at selv om man på de utradisjonelle etterforskningsmetodenes område mangler lovhjemmel, så er det visse rammer for bruken av slike metoder :

”Det betyr selvsagt ikke at det ikke gjelder skranker for hvorvidt og under hvilke forutsetninger politiet har adgang til å gripe til ekstraordinære etterforskningsmetoder. I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt”⁴⁶

⁴² Rt 1984 s. 1076

⁴³ Dommens side 1079 første avsnitt

⁴⁴ Dommens side 1079 tredje avsnitt

⁴⁵ Ot. prp. nr 64 (1998-99) s 124

⁴⁶ Rt 1984 s 1076, side 1079 fjerde avsnitt

Også Politimetodeutvalget legger lignende synspunkter til grunn i sin utredning ved å peke på at selv om det ved bruk av infiltrasjon ikke foreligger noe lovregulering, må man likevel stille enkelte krav til etterforskningen:

”Infiltrasjon er ikke lovregulert, men de generelle vilkår som gjelder for alle polititjenestehandlinger gjelder like fullt.”⁴⁷

Det pekes videre i Politimetodeutvalgets uttaleleser på at selv om det ikke kan stilles noe kvalifisert mistankekrav, må det foreligge en rimelig eller saklig grunn for å sette i verk undersøkelser. Det kreves også at infiltrasjon må være forholdsmessig.⁴⁸

De generelle vilkår for etterforskningen som Politimetodeutvalget sikter til, og som også Høyesterettsdommen fra 1984 var inne på, kan blant annet sies å stille disse kravene til etterforskningen⁴⁹:

- Etterforskningen skal være objektiv. Dette har kommet til uttrykk i blant annet straffeprosessloven § 226 tredje ledd, som gjelder all slags etterforskning og som lyder slik: ”Er en bestemt person mistenkt, skal etterforskningen søke å kartlegge både det som taler mot han og det som taler til fordel for han”.
- Etterforskningen skal være adekvat og forholdsmessig. Dette vil si at hvor det finnes alternative etterforskningsmidler, skal disse forsøkes først, med mindre de må anses for å være åpenbart utilstrekkelige. Dette prinsippet har kommet til uttrykk i politiloven § 6 annet ledd (som det skal skrives mer om i neste kapittel) og også i den generelle lovbestemmelsen i straffeprosessloven § 170a (Det fremgår av forarbeidene til straffeprosessloven § 170a⁵⁰ at forholdsmessighetsprinsippet også skal gjelde

⁴⁷ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.4 fjerde avsnitt

⁴⁸ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.4 fjerde avsnitt

⁴⁹ Disse vilkårene for etterforskning er skrevet om i Augeland, Mæland og Røsandhaug, Politirett 2004, side 293

⁵⁰ Ot. prp. nr 64 (1998-99) (endringslov)

i andre sammenhenger enn ved bruk av tvangsmidler, slik at den også vil gjelde under etterforskning.)

- Etterforskningen skal være saklig. Forbudt mot usaklig forskjellsbehandling gjelder for all offentlig myndighetsutøvelse, og da også for politiet. Dette betyr at beslutningen om å starte en etterforskning og gjennomføringen skal være saklig og upartisk, for eksempel må aldri etterforskningen være begrunnet i ønsket om å skade eller plage den som blir gjenstand for undersøkelsen. Dette prinsippet er nedfelt i politiloven § 6 tredje ledd.

Disse kravene kan sies å være alminnelige grunnregler som gjelder for all offentlig saksbehandling. Også politiets etterforskning er en type offentlig saksbehandling, som dermed vil være underlagt de samme reglene, og disse reglene vil gjelde uavhengig av om etterforskningsmetoden er lovregulert eller ikke. Beslutningen om å iverksette infiltrasjon vil derfor være underlagt disse reglene. Etter gjeldende rett kan politiet foreta etterforskning i kraft av sin generelle myndighet. Politiet kan etterforske ” når det som følge av anmeldelser eller andre omstendigheter er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold som forfølges av det offentlige”, jf straffeprosessloven § 224 første ledd. Etter lovens ordlyd kreves det ikke noe sterk mistanke for at politiet skal foreta seg noe, det er tilstrekkelig at det foreligger en rimelig mulighet for at lovbrudd har funnet sted. Dette betyr i utgangspunktet at også infiltrasjon kan settes i gang i kraft av den generelle myndigheten politiet har, men de overnevnte alminnelige grunnreglene vil altså sette skranker for politiets handlefrihet.

2.3 Særlig om kravet om forholdsmessighet

Kravet om forholdsmessighet ved utførelse av polititjenester har som nevnt overfor kommet til uttrykk i blant annet politiloven § 6 annet ledd: ”Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt. De midler som anvendes må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig”. Av denne bestemmelsens forarbeider går det fram at denne bestemmelsen angir

grunnprinsippene for all politimyndighetsutøvelse, og at disse kommer til anvendelse uavhengig av hjemmelsgrunnlaget og hvilket saksområde man opererer på.⁵¹ Det sies videre i forarbeidene at denne bestemmelsen ikke kan tas til inntekt for en generell hjemmel for inngrep, men oppstiller bare prinsipper for valg og bruk av virkemidler.

Riksadvokatens rundskriv⁵² om etterforskning kan belyse noen av de momentene som er relevante ved denne forholdsmessighetsvurderingen:

- Hvor alvorlig straffbart forhold det er mistanke om: Det kreves mindre for å sette i gang etterforskning for alvorlig enn bagatellmessige forhold.
- Hvor inngripende etterforskningen vil være overfor den som er gjenstand for virksomheten
- Selv om etterforskningen i seg selv ikke er å anse som en belastning for den som rammes, må det også legges vekt på om det under etterforskningen vil kreve etterforskningsskritt som er uforholdsmessige.
- I utgangspunktet må det kreves mer for å iverksette etterforskning overfor gamle enn nye forhold.

At infiltrasjonen må være forholdsmessig, kan etter dette bety at skaden eller ulempen forbundet med denne etterforskningsmetoden ikke må stå i misforhold til det som ønskes oppnådd, noe som også innebærer at dersom sannsynligheten for et positivt resultat av etterforskningen er liten, så skal det mer til for å starte en etterforskning. Ved vurderingen av disse momentene vil det blant annet være av stor betydning hva slags kriminalitet som ønskes å etterforskes, noe som igjen betyr at det ved enkelte typer kriminalitet kan være mer forsvarlig og nødvendig å bruke denne etterforskningsmetoden. Et slikt tilfelle vil for eksempel være narkotikaforbrytelser. Narkotikakriminalitet blir i dag sett på som særlig samfunnsskadelig. I følge Politimetodeutvalgets utredning⁵³ utgjør narkotikakriminalitet i

⁵¹ Ot prp nr 22 (1994-95) side 60 tredje avsnitt

⁵² Riksadvokatens rundskriv del II- nr 3/1999: Etterforskning (22.12.1999)

⁵³ NOU 2004: 6 punkt 9.2.1

dag hovedproblemet i det norske kriminalitetsbildet. Dette skyldes blant annet at denne type kriminalitet er en direkte årsak til mange vinningsforbrytelser; narkomane er ofte innblandet i en rekke lovbrudd fordi de trenger penger for å tilfredsstille sin avhengighet av narkotika. Som det går fram av det jeg skrev tidligere om ”offerløs” kriminalitet⁵⁴ er antall anmeldte narkotikasaker nesten utelukkende et resultat av at politiet eller andre myndigheter selv avdekker og anmelder forholdet, derfor sier det seg selv at det er viktig at politiet går mer aktivt til verks når det gjelder denne type kriminalitet.

Også Høyesterett har pekt på narkotikakriminalitetens særlig samfunnsskadelige art. I Rt 1984 s. 1076 uttrykker Høyesterett:

”Som allerede nevnt, har diskusjonen om slike metoder særlig knyttet seg til etterforskning i narkotikasaker. Det er av mange grunner naturlig at politiet nettopp i disse saker føler behov for en aktiv etterforskning som innebærer infiltrasjon i lovbytermiljø. Narkotikaovertredsenes samfunnsfarlige karakter tilsier at etterforskningen av disse forbrytelser må prioriteres høyt; samtidig vil tradisjonelle etterforskningsmetoder her ofte komme til kort”.⁵⁵

Prinsippet om forholdsmessighet kan derfor tilsi at det ved noen typer kriminalitet kan være lettere å akseptere infiltrasjon som etterforskningsmetode, og det som er sagt overfor kan også gjelde andre typer kriminalitet som blir regnet som særlig samfunnsskadelig, som for eksempel organisert kriminalitet eller terrorhandlinger. Men forholdsmessighetsprinsippet spiller også inn ved lengden av infiltrasjonsoppdraget. Siden etterforskningen etter dette prinsippet ikke må gå lengre enn nødvendig, melder det seg særlige problemer der infiltrasjonen er langvarig.

Langvarig infiltrasjonsetterforskning kan stille krav til etterforskningen på to måter. For det første kan det stille krav til alvorligheten av lovbruddet, altså jo mer alvorlig lovbruddet er desto lengre infiltrasjon kan tenkes (jf det som er skrevet overfor), og for det andre kan det stilles krav til mistankegrunnlaget mot den etterforskningen retter seg mot.

⁵⁴ Se punkt 1.4 andre avsnitt

⁵⁵ Dommens side 1080 første avsnitt

I NOU 2004: 6 belyses denne problemstillingen noe. Politimetodeutvalget uttrykker at det ved langvarige infiltrasjon kan oppstå problemer i forhold til forholdsmessighetsprinsippet hvis det ikke er tale om alvorlig kriminalitet.⁵⁶ Det står så videre at selv om det ved infiltrasjon ikke kan oppstilles noe kvalifisert mistankekrav,⁵⁷ må det likevel foreligge en rimelig eller saklig grunn for å sette i gang. (Dette er for øvrig også i samsvar med politilovens § 6 tredje ledd, og må regnes som et generelt prinsipp på etterforskningens område.) Politimetodeutvalget uttrykker så videre:

”For langvarige infiltrasjoner, vil det etter utvalget oppfatning derfor måtte kreves gode holdepunkter for at personene har begått eller forbereder kriminalitet”⁵⁸

Det nevnes så to dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) der betydningen av mistankegrunnlaget ble berørt. Selv om disse sakene gjelder etterforskning med provokasjonsliknende tilsnitt, er det likevel mulig å trekke frem noen momenter som er relevante for ren infiltrasjon. I den første saken⁵⁹ benyttet politiet i Sveits telefonavlytting og infiltrasjon (i dommen brukes betegnelsen ”undercover agent”) overfor en person (Ludi) som var i politiets søkelys for å planlegge kjøp av narkotika. Etter at politiet iverksatte telefonavlytting lot de en av sine tjenestemenn oppsøke Ludi. Denne infiltratøren sa han var interessert i å kjøpe to kilo kokain av Ludi. Infiltratøren møtte Ludi ved fem tilfeller i en periode på tre måneder. En viktig premiss i dommen var at Ludi var kjent av politiet fra før, og politiet i Sveits hadde på forhånd mottatt informasjon fra det tyske politiet om at Ludi planla kjøp av kokain. Mistankegrunnlaget i denne saken var altså ganske solid, og derfor ble den forholdsmessige langvarige infiltrasjonen godtatt av domstolen.

⁵⁶ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.4

⁵⁷ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.4 fjerde avsnitt

⁵⁸ NOU 4004: 6 punkt 7.5.1.4.fjerde avsnitt

⁵⁹ Ludi mot Sveits (Klagesak nr 12433)

I den andre saken⁶⁰ hadde to polititjenestemenn kledd i sivile klær tatt kontakt med en smålanger som var mistenkt for å være involvert i litt narkotikasalg for å finansiere sitt eget forbruk, som for det meste bestod i bruk av hasj. Ved å bruke denne smålangeren, håpet tjenestemennene på å avsløre hans leverandører. Tjenestemennene ba så denne smålangeren om å finne en leverandør som kunne selge dem flere kilo hasj. Smålangeren, som ikke visste at han hadde med politiet å gjøre, sa seg enig i at han skulle finne en leverandør. Etter mye press fra tjenestemennene greide smålangeren likevel ikke å finne en leverandør. Deretter gikk tjenestemennene hjem til smålangeren, og ba han denne gangen om å skaffe heroin. Smålangeren nevnte Teixeira de Castro, og fortalte at han muligens kunne skaffe heroin. Deretter dro de alle sammen i tjenestemennenes bil hjem til de Castro, og han kom ut etter anmodning fra smålangeren. Han satte seg i bilen til tjenestemennene, og de sa de var interessert i å kjøpe 20 gram heroin. De Castro gikk med på å skaffe heroinen. Etter å ha skaffet heroinen gikk de Castro hjem til smålangeren, der handelen etter planen skulle finne sted. Der ble de Castro arrestert av de to tjenestemennene som nå identifiserte seg. EMD mente etter dette at denne saken skilte seg ut fra den nevnte dommen overfor, blant annet fordi Ludi var kjent av politiet på forhånd, og det sveitiske politiet hadde dessuten på forhånd mottatt informasjon fra det tyske politiet om at Ludi planla kjøp av kokain. Men i saken mot de Castro hadde ikke myndigheten tilsvarende gode grunner for å mistenke han. Det blir påpekt at de Castro hadde et rent rulleblad og det hadde aldri tidligere blitt åpnet etterforskning mot han. Domstolene bemerket også at det ikke ble funnet noe narkotika hjemme hos de Castro, og at han ved arrestasjonen kun hadde den mengden på seg som tjenestemennene ba om. Mistankegrunnlaget var altså i denne saken, i motsetning til saken mot Ludi, nokså tynt.

Brudd på dette mistankekravet har større betydning ved etterforskning med provokasjonsliknende elementer, særlig med tanke på kriminalisering av den mistenkte. Jo sterkere mistanke politiet har, jo mer sannsynlig er det at vedkommende har tenkt til å begå den straffbare handling og jo mindre vil faren for kriminalisering være. Dette må også kunne trekkes i motsatt retning. Hvis politiet ikke har eller har svak mistanke om et lovbrudd, vil

⁶⁰ Teixeira de Castro mot Portugal (Klagesak nr 25829)

provokasjon medføre fare for kriminalisering. Ved infiltrasjon er denne muligheten for kriminalisering av en mistenkt ikke like aktuell. Som nevnt tidligere⁶¹ vil infiltrasjon skille seg fra etterforskning med provokasjonsliknende elementer, ved at infiltratøren forholder seg passiv i forhold til den kriminelle handlingen. En infiltratør vil derfor ha beskjedne muligheter til å påvirke den straffbare handlingen. Men mistankevurderingen vil likevel også være viktig ved infiltrasjon som sådan, fordi forholdsmessighetsprinsippet tilsier at etterforskningen som anvendes må være nødvendig og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig.

Forholdsmessighetsvurderingen vil altså sette grenser for når infiltrasjon kan benyttes. Der infiltrasjon har blitt benyttet ved bagatellmessige saker vil man lettere komme skjevt ut i denne vurderingen; hvor alvorlig forbrytelsen er spiller en stor rolle. Om man står overfor en slik alvorlig sak, vil bero på en konkret helhetsvurdering med vekt på strafferammen og den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe denne typen kriminalitet. Et eksempel her er straffeprosessloven § 130a om anonyme vitner. I forarbeidene til bestemmelsen⁶² blir infiltrasjon trekket frem som en type etterforskning der det kan være aktuelt å benytte slik vitner. I følge denne bestemmelsen kan anonyme vitner benyttes i saker blant annet etter straffeloven § 162 annet og tredje ledd, men ikke etter første ledd. Straffeloven § 162 første ledd omhandler de mindre alvorlige narkotikaforbrytelser og strafferammen er inntil to år, altså betydelig mindre enn etter andre og tredje ledd. Hvorfor anonyme vitner ikke kan brukes i saker etter straffeloven § 162 første ledd, kan ha sammenheng med at i slike saker vil bruken av infiltrasjon være uforholdsmessig i forhold til alvoret av den straffbare handlingen. Også den samfunnsmessige betydningen av å bekjempe denne typen kriminalitet vil være mindre siden det er viktigere og mer effektivt å bekjempe de handlingene som rammes av lovens andre og tredje ledd. Forholdsmessighetsvurderingen vil også spille inn ved vurderingen av mistankegrunnlaget. Der mistankegrunnlaget er svakt vil man oftere kontantere at særlig langvarige eller inngripende infiltrasjonsoppdrag vil komme i strid med forholdsmessighetsprinsippet, i hvert fall hvis det også er snakk om lite

⁶¹ Se punkt 1.3.5

⁶² Se kap 4.2.3

alvorlig kriminalitet. Et annet viktig moment i denne vurderingen vil være effektiviteten av etterforskningsmetoden. Dersom infiltrasjon i den aktuelle situasjonen er den etterforskningsmetoden som kan gi best resultater, vil man letter akseptere infiltrasjon enn i situasjoner der mindre inngripende etterforskningsmetoder kan gi like gode resultater. Dessuten må skadevirkningene for den mistenkte også vurderes nøye. I det offentlige rom vil infiltrasjon sjelden føre til skadevirkninger for den mistenkte, men dersom en infiltratør skaffer seg adgang til det private rom, vil inngrepet oppfattes som særlig krenkende slik at det må foreligge sterke argumenter for slik en etterforskning.

Et spørsmål i denne sammenhengen er hvordan man skal stille seg i forhold til politiets frie skjønn. Politiet vil fatte beslutninger basert på egne vurderinger og disse kan stille seg annerledes i forkant av etterforskningen enn etter at etterforskningen er avsluttet. Etter at infiltrasjon er gjennomført kan det for eksempel vise seg at den mistanken politiet bygget sine vurderinger på var gal. Kan man da stille politiet til ansvar for å ha gjennomført en infiltrasjon som etter forholdsmessighetsvurderingen ikke burde vært gjennomført? Svaret på dette bør være at politiets handlinger skal bedømmes ut i fra den informasjonen som var tilgjengelig da beslutningen ble fattet, og ikke ved en senere anledning da man hadde alle relevante fakta på bordet. Så lenge politiet har foretatt en handling som på det tidspunktet da den ble besluttet ikke åpenbart var gal, kan man ikke ta hensyn til fakta som man først ble klar over senere.

2.4 EMK art 8 om retten til respekt for privatliv og legalitetsprinsippet

Som nevnt tidligere⁶³ har den alminnelige oppfatningen i norsk rett vært at infiltrasjon ikke krever hjemmel i lov. Men inngripende virksomhet fra det offentlige rettet mot borgerne, kan etter legalitetsprinsippet kreve lovhjemmel. For å se om legalitetsprinsippet kommer til anvendelse må det foretas en vurdering av om bruken av infiltrasjon representerer et slikt inngrep. Hvor inngripende et tiltak må være for at legalitetsprinsippet kommer til anvendelse kan det på et generelt grunnlag vanskelig sies noe om, og derfor er

⁶³ Se punkt 2.2 andre avsnitt

legalitetsprinsippets grenser på dette området ikke helt klare. Politimetodeutvalget har noen uttalelser om dette:

”Utvalget er enig i at det internrettslige legalitetsprinsipp ikke setter skranker for infiltrasjon så lenge politiet begrenser sin virksomhet til det offentlige rom, og virksomheten ikke blir for langvarig eller massiv. En politimann kan således i kraft av den alminnelige handlefrihet ha på seg supporterutstyr og stille seg sammen med fotballtilhengere på tribunen, eller gå inn på en allment tilgjengelig nettside og delta i debatt om for eksempel barneporno, se NOU 1997: 15 side 80. Men hvis infiltrasjonen inngår som ledd i en vedvarende og intens observasjon, vil det kunne oppstå hjemmelsproblem i forhold til EMK art 8 (1). Det blir også problematisk dersom politiet benytter seg av infiltrasjon til å få adgang til private rom. Da vil integritetskrenkelsen være så vidt stor at fremgangsmåten etter utvalgets oppfatning vil kunne komme i strid med EMK art 8 (1).⁶⁴

Etter Politimetodeutvalgets mening spiller legalitetsprinsippet altså bare inn der virksomheten omfatter det private hjem, eller der virksomheten er langvarig eller massiv. Det kan virke som om Politimetodeutvalget gir legalitetsprinsippet samme rekkevidde som EMK art 8 pm retten til respekt for privatliv når det gjelder infiltrasjon. I norsk rett er det alminnelig godtatt at siden vår grunnlov ikke har regler som uttrykkelig verner retten til privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse, er det legalitetsprinsippet, som følger av konstitusjonell sedvanerett, som gir et slikt vern.⁶⁵ Men hjemmelskravet i EMK artikkel 8 om retten til privatliv er noe klarere enn det internrettslige legalitetsprinsippet, siden den slår fast at på disse områdene har enhver borger krav på et spesielt vern, uttrykt ved begrepet ”respect”. Den europeiske menneskerettigheters domstol (EMD) har dessuten en del dommer der betydningen av EMK art 8 i forhold til infiltrasjon har vært oppe til vurdering. Problemstillingen er altså i større grad drøftet i tilknytning til EMK enn legalitetsprinsippet, og derfor er det mer praktisk å forholde seg til denne.

EMK art. 8 regulerer forholdet mellom borgernes privatliv, hjem og korrespondanse, og myndighetenes mulighet til å foreta inngrep i denne rettsfæren. Art 8 nr 1 lyder slik:

”Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.”

⁶⁴ NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.4 tredje avsnitt

⁶⁵ Erik Møse, Menneskerettigheter s.

Videre slås det fast i EMK artikkel 8 nr 2 at retten etter nr 1 bare kan innskrenkes dersom det følger av lov og anses som nødvendig i et demokratisk samfunn ut fra bestemte angitte formål.

Helt generelt kan man hevde at politiets innhenting av informasjon om en privatperson uten at han vet om det omfattes av de interessene som EMK artikkel 8 skal beskytte, men det avgjørende må likevel være om innblandingens ("interference") etter en konkret vurdering er tilstrekkelig kvalifisert⁶⁶. Relevante momenter her vil være varigheten og intensiteten av oppdraget. Om infiltrasjonen har vært utført i det private hjem er også et sentralt moment.

I saken Ludi mot Sveits vurderte EMD om politiet ved å bruke en infiltratør ("undercover agent") hadde krenket Ludis rett etter EMK art 8. Ludi selv hevdet at etterforskningsmetoden hadde krenket hans rett:

"...there had been an interference with the exercise of his rights to respect for his private life..."⁶⁷

Domstolen kom her fram til at det ikke var tilfellet:

"...the court agrees with the Government that in the present case the use of undercover agent did not, either alone or in combination with the telephone interception, affect private life within the meaning of Article 8."⁶⁸

EMD var av den oppfatningen at siden Ludi var innblandet i narkotikavirksomhet og var fra før av en kjenning av politiet, burde han regne med at han kunne bli utsatt for slike etterforskningsmetoder som innebærer bruken av infiltratører. Det gjøres ingen forsøk på å tillate bruken av infiltratører med begrunnelse i en av unntaksbestemmelsene i art 8 nr 2. Dommen gir altså direkte ingen begrunnelse for hvorfor Ludis rett til privatliv ikke var krenket i lys av EMK art 8, men dommen kan likevel tas til inntekt for at alvorligheten av

⁶⁶ NOU 2005: 6 punkt 7.5.1.3 andre avsnitt

⁶⁷ Ludi mot Sveits (klagesak 12433/86) punkt 35 siste avsnitt, siste del

⁶⁸ Sakens punkt 40

den straffbare handlingen og hvor sterk mistankegrunnlaget var avgjørende ved avgjørelsen av om det foreligger brudd på EMK. EMDs konklusjon i dette tilfellet var nok at intensiteten av inngrepet, sammenliknet med alvoret av den straffbare handlingen, var liten. Derfor forelå ingen ”interference”, slik at man ikke anså det nødvendig å anvende unntakene i EMK art 8 nr 2. Kanskje saken hadde stilt seg annerledes dersom infiltratøren hadde skaffet seg vei inn til leiligheten til Ludi ved å lyve om sin identitet, men noe slikt var ikke tilfelle i denne saken. Ludi-saken viser at det kan bli tale om å innsnevre begrepet privatliv i forhold til en lovbryster som må være forberedt på mottiltak når han begår alvorlige forbrytelser.

Også i EMDs dom Teixeira de Castro mot Portugal blir grensene for politiets bruk av infiltrasjon berørt. Flertallet i denne saken kritiserte ikke bruken av infiltrasjon som sådan, men at infiltratøren hadde gått for langt ved å gjennomføre salgsprovokasjon. Avgjørende for domsutfallet var altså provokasjonen, ikke at infiltrasjon var blitt nyttet som etterforskningsmetode. Og dette selv om de Castro ikke hadde vært innblandet i noe kriminelt tidligere, slik at mistankegrunnlaget var svakt:

”It does not appear either that the competent authorities had good reason to suspect Mr Tex-eira de Castro was a drug trafficker; on the contrary, he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had been opened.”⁶⁹

Grunnen til at infiltrasjon som en mulig krenkelse av EMK art 8 ikke ble vurdert i denne saken, kan være at intensiteten av inngrepet også her ble ansett som liten, også sammenliknet med at mistankegrunnlaget var svakt. Dessuten varte infiltrasjonsoppdraget overfor de Castro i bare noen timer, slik at det dreide seg om en virksomhet som ikke hadde foregått over lengre tid. Infiltrasjonen hadde dessuten ikke foregått hjemme hos de Castro.

Det er ikke ofte at spørsmålet om politiets bruk av ren infiltrasjon utgjør en krenkelse av EMK art 8, blir tatt opp av domsstolene. En grunn til dette er at infiltrasjonen først blir

⁶⁹ Teixeira de Castro mot Portugal (Klagesak 25829/98) punkt 38

kjent som en krenkelse av rettigheten til den siktede dersom politiet gjennom infiltrasjonen skaffer seg bevis for straffbare handlinger, som brukes til iverksetting av andre etterforskningsskritt eller til direkte fremlegging som bevis i straffesak. Dette fører til at det er spørsmålet om adgangen til bevisframleggingen, og ikke spørsmålet om infiltrasjonens lovlighet, som kommer på spissen for domstolene.⁷⁰ Dette har sammenheng med at infiltrasjon nesten utelukkende brukes med det formålet å fremskaffe bevis for straffbare handlinger som allerede er utført, eller for å skaffe opplysninger som kan avverge at nye straffbare handlinger blir begått (mer om dette i punkt 4).

Den mangelfulle praksisen på området fører til at det ikke lar seg gjøre å stille opp en hovedregel om når infiltrasjon vil innebære en krenkelse av EMK. Viktige momenter i denne vurderingen er alvorligheten av den straffbare handlingen, styrken av mistankegrunnlaget, om etterforskningen har vært særlig intens og langvarig og om infiltrasjonen fant sted i det private hjem eller på et offentlig sted. Dersom infiltrasjonen i det offentlige rom har vært kort, og mistankegrunnlaget for en alvorlig straffbar handling er tilstrekkelig sterk, ville virksomheten gå klar av EMK. Dersom infiltrasjonen har foregått over lengre tid, og mistankegrunnlaget er svakt i tillegg til at det dreier seg om en bagatellmessig forbrytelse, vil brudd på EMK lettere kunne kontanteres. Det samme dersom politiet ved infiltrasjon skaffer seg adgang til det private hjem. I følge Jens Petter Berg er en infiltrasjonshandling en ubetinget grovere integritetskrenkelse enn en kommunikasjonskontrollhandling.⁷¹ Dette forklarer han ved å vise til at under infiltrasjon utsettes man for en ”ansikt til ansikt”-kontakt, noe som ikke skjer under kommunikasjonskontroll. Derfor hevder han at siden det i mange år vært en enighet om at lovhjemmel trengs ved kommunikasjonskontroll, ”fremstår det som forbløffende at noen kan hevde at politiinfiltrasjon i miljøer som mistenkes for å romme kriminelle personer, ikke skal regnes som et inngrep i borgernes sfære”.⁷² Dette synspunktet burde etter min mening nyanseres noe. Vi mennesker utsettes daglig for en ”ansikt til ansikt”-kontakt med

⁷⁰”Bevisbruk under straffesak av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll eller infiltrasjon”, Jens Petter Berg, side 72, Yulex 2001

⁷¹ Yulex 2001, side 74

⁷² Yulex 2001, side 74 siste avsnitt

andre mennesker i det offentlige, enten dette skjer på t-banen eller på en kafé. Som oftest kjenner vi de menneskene vi møter, mens andre ganger er de ukjente for oss. Om man derved blir kontaktet av en person som gir seg ut for å være en annen enn den han egentlig er, vil bare bli oppfattet som en krenkelse av vår rett dersom denne kontakten har vært veldig intens eller dersom vil har blitt manipulert til å komme med noen betroelser som vi ikke hadde kommet med vanligvis. Og det vil også utgjøre en stor forskjell hvor denne kontakten har skjedd. Ute i det offentlige kan vi få kontakt med en rekke personer uten egentlig å bry oss om hvem disse personene er eller hvor de kommer fra. Men hjem til oss selv vil vi bare invitere folk vi kjenner godt og som vi ellers også stoler på. Derfor vil vi oppfatte det som særlig krenkende dersom en infiltratør gjennom å manipulere oss har skaffet seg adgang til våre hjem. Dette er for øvrig i tråd med gjeldende praksis på området.

Dersom man kommer til den konklusjonen at infiltrasjonen på grunn av intensiteten eller varigheten av oppdraget, eller fordi den foregikk i det private rom, representerer et slikt inngrep at hjemmelskravet etter legalitetsprinsippet og EMK art 8 spiller inn, må det gjøres noen bemerkninger. Det internrettslige legalitetsprinsippet krever at inngrepet er forankret i et formelt lov, men dette er ikke et absolutt krav etter EMK art 8. I saken *Sunday Times mot Storbritannia* ble det slått fast at formuleringen ”in accordance with the law” ikke nødvendigvis betyr at det kreves hjemmel i formell lov. Også hjemler som har sitt utspring i rettspraksis, sedvane og andre myndigheters praksis omfattes av formuleringen.⁷³ Videre i sakens punkt 49 uttales det at det avgjørende for at det finnes hjemmel er om den er fast etablert, lett tilgjengelig og tilstrekkelig presis. *Sunday Times mot Storbritannia* saken gjaldt tolkingen av ”prescribed by law” i EMK art 10. Men det følger av saken *Silver mot Storbritannia*⁷⁴ at lovkravet i EMK art 8 nr 2 skal tillegges samme betydning.⁷⁵ Derfor kan det tenkes at dersom faktum i *Ludi mot Sveits* eller *Teixeira de Castro* var annerledes slik at man skulle komme til den konklusjonen at de klagdes rett etter EMK var krenket, kunne man likevel anse denne krenkelsen som berettiget etter EMK art 8 nr 2. Dette fordi i disse sakene så dreide det seg om alvorlig narkotikakriminalitet, og få vil være uenige i at

⁷³ *Sunday times mot Storbritannia* (Klagesak nr 6538/74) punkt 47

⁷⁴ *Siver mot Storbritannia* (klagesak nr 5947/72)

⁷⁵ Erik Møse, *Menneskerettigheter* side 408, tredje avsnitt

infiltrasjon er nødvendig i et demokratisk samfunn for å beskytte seg mot slike lovbrudd. Men rettstilstanden rundt infiltrasjon er hovedsakelig basert på forarbeider og rettpraksis, og i tillegg er rundskrivene om infiltrasjon holdt hemmelige de siste 20 årene⁷⁶. Det spørres da om lovkravet etter EMK art 8 nr 2 er oppfylt, siden det ble slått fast i Sunday Times mot Storbritannia at det avgjørende for at det finnes hjemmel er om den er fast etablert, lett tilgjengelig og tilstrekkelig presist. Min mening er at dersom infiltrasjon først anses som en krenkelse av EMK art 8 nr 1 om retten til respekt for familieliv, er det meningsløst å argumentere for at etterforskningen likevel er berettiget pga. unntaket i EMK art 8 nr 2. Til det er hjemmelen for å benytte infiltrasjon for uoversiktlig og ikke tilstrekkelig presist.

2.5 Virkning av overskridelse av de rettslige rammene

Dersom de rettslige rammene for politiets bruk av infiltratører overskrides, må følgene bli at metoden anses ulovlig. Rettkildemessig er det ingen grunnlag for å hevde at tiltalte da må frifinnes. Ved ulovlig infiltrasjon er konsekvensen altså annerledes enn ved for eksempel provokasjon. Ved provokasjon er politiet en direkte årsak til at noe ulovlig skjer ved at man har påvirket hendelsesforløpet på en slik måte at det ville støte den alminnelige rettsfølelsen dersom tiltalte likevel skulle dømmes. Ved infiltrasjon foreligger det ingen slik påvirkning, fordi infiltratøren skal forholde seg passiv og ikke påvirke hendelsesforløpet.⁷⁷ Ulovlig infiltrasjon vil derved være en feil ved etterforskningen som bare kan påberopes som en saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse av den fellende dom, i den grad feilen har innvirket på resultatet. Dette følger av straffeprosessloven § 343 første ledd. Ren infiltrasjon vil sjelden ha innvirkning på domsresultatet, siden man gjennom å forholde passiv ikke har hatt noen innvirkning på den staffbare adferd. Spørsmålet blir da om dommen må oppheves fordi den bygger på bevis som er ulovlig ervervet fordi infiltrasjonen var ulovlig, dette skal det skrives mer om i Kap 4.3.

⁷⁶ Se om rundskriv i kap. 1.5

⁷⁷ Se Kap 1.3.5

3 Infiltrasjon og straffbare handlinger

3.1 Innledning

Som nevnt i kapittel 1.2 siste del kan det bli nødvendig at infiltratøren selv må utføre straffbare handlinger. Infiltrasjon innebærer som sagt elementer av dobbeltspill, og under dette dobbeltspillet kan det tenkes seg at det oppstår situasjoner der en infiltratør selv begår straffbare handlinger, slik at hans virkelige identitet ikke avsløres, eller for å skaffe seg troverdighet i det miljøet han ferdes i. Dette setter infiltratøren i en uvanlig posisjon; han må selv bryte loven for å oppklare andres lovbrudd. Det er problemstillinger som kan oppstå i slike situasjoner som er temaet i dette kapitlet.

Det er viktig å påpeke at Riksadvokaten har utarbeidet instruks som regulerer i hvilken grad en kan begå ellers straffbare handlinger for å opprettholde troverdighet ved infiltrasjon, men disse instruksene er av naturlige årsaker ikke offentliggjort. I forarbeidene gis det en logisk forklaring på hvorfor offentliggjøring ikke er mulig:

”De nærmere detaljer om hva som tillates og ikke tillates kan vanskelig offentliggjøres, idet de vil kunne danne grunnlag for utarbeidelse av kontrollrutiner i kriminelle miljøer som tar sikte på å avsløre politiets infiltratører.”⁷⁸

3.2 Eksempler på lovbrudd fra den infiltrerende

Det kan tenkes mange situasjoner der man kan forsvare infiltratørens lovbrudd ut i fra den tanken at det er viktigere at hans identitet ikke avsløres, enn at han skal være avskåret fra å utføre visse typer handlinger. Avsløringen av hans identitet vil føre til at infiltrasjonsoppdraget mislykkes, og dette kan føre til at man ikke vil kunne hindre eller avsløre de straffbare handlingene man i utgangspunktet hadde som mål å etterforske. Andenæs bruker det eksemplet der den infiltrerende ser seg nødt til å kjøpe hasj for ikke å vekke mistenksomhet i det narkotikamiljøet han ferdes i.⁷⁹ Det kan tenkes at den infiltrerende ferdes i dette miljøet for å kartlegge selgerne. Dersom han selv ikke kjøper

⁷⁸ NOU 1997: 15 punkt 4.2.8.4 avsnitt 18

⁷⁹ Andenæs Norsk Straffeprosess, 2000 s. 287

hasj, kan miljøet bli mistenksom, for hvor vanlig er det at en som vanker i et narkotikamiljø ikke selv enten bruker narkotika eller selger narkotika?

En infiltratør som i en slik situasjon kjøper hasj kan i teorien rammes av legemiddeloven § 31 annet ledd. Uten å gå nærmere inn på straffbarhetsbetingelsene kan man i hvert fall fastslå at handlingen til infiltratøren i det ytre dekkes av gjerningsbeskrivelsen i § 31 annet ledd: ”Besittelse og bruk av narkotika...straffes med bøter eller med fengsel inntil 6 måneder eller begge deler.” Dersom infiltratøren selger narkotika, kan han rammes av den strengere bestemmelsen i straffeloven § 162 første ledd om at ”den som ulovlig....overdrar stoff..” Et annet relevant eksempel kan være infiltratøren som utstyrer seg med en falsk legitimasjon for å skjule sin virkelige identitet. Straffeloven § 182 om dokumentfalsk rammer ”Den, der i retsstridig Hensigt benytter som ægte eller uforfalsket et eftergjort eller forfalsket Dokument..” I de tilfellene en infiltratør under sitt oppdrag tar seg inn i ens private hjem, kan også straffeloven § 355 komme til anvendelse: ” Med bøter eller med fengsel...straffes den som uberettiget...sniker sig...inn i hus...”

3.3 Adgangen til å begå straffbare handlinger

Det finnes ingen uttrykkelig hjemmel for en infiltratørs adgang til å utføre straffbare handlinger. Men Metodeutvalget uttrykker i sin utredning at hjemmelen følger av læren om rettsstridsreservasjon.⁸⁰ En rekke straffebud både i og utenfor straffeloven har krav om at handlingen må være rettsstridig for å være straffbar. Formålet med å ha med ordet ”rettsstridig” i en lovbestemmelse er som regel å begrense rekkevidden av lovteksten, slik at ikke all adferd som faller inn under gjerningsbeskrivelsen er straffbar.⁸¹ En handling som ikke er rettsstridig vil mangle en begrunnelse for straff, særlig med tanke på individualprevensjon og allmennprevensjon. Straff vil i disse tilfellene kunne virke støtende og vil også være i strid med den alminnelige rettsbevissthet. En annen måte å se

⁸⁰ NOU 1997: 15, 17.de avsnitt

⁸¹ Eskeland, Strafferett, 2006, side 137

dette på er at straff i slike tilfeller vil være udemokratisk, ettersom det ikke har vært Stortingets forutsetning at enhver objektiv overtredelse skal rammes.

Noen bestemmelser bruker også begrep som *ulovlig* (f eks straffeloven § 145) eller *uberettiget* (straffeloven § 91 annet ledd). Ordvalget er ofte tilfeldig.⁸² I straffeloven § 162 brukes for eksempel ordet ”ulovlig”, derfor vil en infiltratør kunne kjøpe narkotika og likevel slippe å bli straffet for den handlingen. Dette fordi en infiltratør som kjøper narkotika, neppe kan sies å gjøre noe ulovlig så lenge kjøpet blir foretatt for å sikre bevis mot en narkotikaselger.

Det samme vil også være tilfellet med straffeloven § 182 og § 355. Mens straffeloven § 182 bruker ordet ”rettsstridig” i gjerningsbeskrivelsen, brukes det i straffeloven § 355 ordet ”uberettiget”. En infiltratør som utstyres seg med en falsk legitimasjon, og ved hjelp av manipulasjon sniker seg inn i ens private hjem, vil ikke kunne straffes for lovbrudd fordi etterforskningen vil være en reservasjon som gjør at forholdet ikke er straffbart. I disse tilfellene vil det være det samme om man knytter dette opp mot læren om rettstridsreservasjon, eller om man anser handlingen for rettmessig fordi det følger av en vanlig tolking av bestemmelsens ordlyd. Siden handlingen utføres som ledd i etterforskning, vil man etter tolkingen av bestemmelsens ordlyd konkludere med at handlingen dermed ikke var ”ulovlig”, ”rettsstridig” eller ”uberettiget”.

En del straffebuds gjerningsbeskrivelse vil også etter sin ordlyd ikke komme til anvendelse når handlingen utføres som ledd i en politietterforskning. Metodeutvalget bruker et eksempel der en infiltratør under oppdraget blir tilbudt å kjøpe et våpen.⁸³ Dette kan infiltratøren gjøre uten å bryte loven, fordi det etter våpenloven § 33, jf. § 7 første ledd er straffbart å kjøpe våpen uten tillatelse fra politimesteren. Siden handlingen skjer som ledd i en etterforskning, kan man si at en slik ”tillatelse” foreligger.

⁸² Eskeland, Strafferett, 2006, side 137

⁸³ NOU 1997 : 15 punkt 4.2.8.4

Det er i mange tilfeller det samme om bestemmelsen har fått et slikt vilkår eller ikke. Et eksempel på dette er for eksempel straffeloven § 246 og § 247. Straffeloven § 246 kommer til anvendelse på den som rettstridig ved ord eller handling krenker en annens æresfølelse. Straffeloven § 247 som gjelder den som i ord og handling opptre på en måte som er egnet til å skade en annens gode navn og rykte, har derimot ingen slike ord som ”rettstridig”, ”ulovlig” eller ”uberettiget”. Det sentrale her er å få frem at selv om den siste bestemmelsen mangler en rettsstridsreservasjon, må et slikt vilkår likevel innfortolkes. Et hvert straffebud må dermed leses med en alminnelig rettsstridsreservasjon, slik at bare den adferden som er ”rettstridig” er straffbar. Dette synspunktet har i rettsteorien blitt kalt den ulovfestede rettsstridsreservasjonen.⁸⁴

I følge Eskeland⁸⁵ er det to hovedgrunner til at en handling, som omfattes av gjerningsbeskrivelsen, likevel er straffri etter den ulovfestede rettsstridsreservasjonen. Den første grunnen er at handlingen ikke anses straffverdig. Den andre grunnen er at selv om en handling anses straffverdig, kan det foreligge andre tungtveiende hensyn som taler mot å svare handlingen med straff. Det er bare den første grunnen som er aktuell med tanke på lovbrudd fra infiltratørens side, altså at handlingen ikke anses straffverdig.

Når en infiltratør som under etterforskningen foretar en handling som kommer inn under gjerningsbeskrivelsen i et straffebud kan gå fri for straff etter den ulovfestede rettsstridsreservasjonen, er grunnen nettopp det at vi ikke anser handlingen som straffverdig. Som et eksempel kan nevnes en høyesterettsdom fra 1995⁸⁶ der en politimester hadde dratt en fornærmede forholdsvis kraftig opp fra en stol ved å ta tak i kragen hans. Meningen var å få fornærmede til å gå inn i naborommet. Politimesteren ble i denne saken frifunnet på grunn av manglende rettsstrid, til tross for at høyesterett mente at handlingen objektivt sett var vold etter straffeloven § 228. Høyesterett uttalte at ”når det som her dreier seg om en maktbruk som ligger i det nedre område for straffeloven § 228, bør ikke enhver overskridelse av det strengt nødvendige lede til straffeansvar”. Ut i fra

⁸⁴ Eskeland, Strafferett, 2006, side 137

⁸⁵ Eskeland, Strafferett, 2006, side 139

⁸⁶ Rt 1995 s. 33

denne dommen kan det sluttes at det for en privatperson skal lite til før han har uttøvet vold etter strl § 228, men dersom den samme volden blir utøvet av en tjenestemann, kan han ikke alltid straffes for det.⁸⁷ Dette fordi vi tillater en polititjenestemann til å ha en større handlefrihet enn folk flest, slik at handlinger som normalt er straffverdige, ikke anses det når de utføres som ledd i en tjenestehandling.

Siden legemiddeloven § 31 andre ledd om bruk og besittelse av narkotika etter sin ordlyd ikke inneholder en slik begrensning må det, etter det som er skrevet her om den ulovfestede rettstridsreservasjonen, derfor innfortolkes en rettsstridsreservasjon i ordlyden. Slik vil en polititjenestemann som under infiltrasjonsoppdraget er i besittelse av narkotika, ikke rammes av straffebestemmelsen så lenge besittelsen var en del av planen for å underbygge sin dekkhistorie slik at han kan manipulere sine omgivelser. Mange andre typer lovbrudd kan tenkes, i tillegg til de jeg har nevnt, men av hensyn til oppgavens omfang må jeg begrense meg til å nevne noen få eksempler.

Infiltratøren kan altså utføre en rekke handlinger som for vanlige mennesker ville føre til straffeforfølgning for lovbrudd. Men siden infiltratøren utfører slike handlinger som en del av en etterforskning av straffbare forhold, vil forholdet likevel ikke være straffbart. Dette følger av rettsstridsreservasjonen, og i noen tilfeller vil også en vanlig tolking av lovbestemmelsen føre til at man anser noen tilfeller for å falle utenfor det bestemmelsen regulerer. Dog helt ubegrenset er denne muligheten ikke, adgangen vil være begrenset til de tilfellene der det er nødvendig i forhold til etterforskningen. Også her må det gjøres en slags forholdsmessighetsvurdering der alvoret av den nødvendige handlingen veies opp mot alvoret av det straffbare forholdet som etterforskningen er rettet mot. Det må under denne vurderingen også tas hensyn til at infiltratøren tar en stor risiko ved at han ferdes i til dels farlige miljøer og at det i enkelte tilfeller kan få store konsekvenser for han dersom hans virkelige identitet avsløres. Infiltratøren må derfor nødvendigvis gis stor spillerom for de avgjørelsene han tar under infiltrasjonsoppdraget, og sikkerheten hans vil være et viktig moment under vurderingen av om den straffbare handlingen var nødvendig i forhold til

⁸⁷ Eskeland, strafferett, side 140

etterforskningen. Overskridelser av det som er nødvendig, bør ikke få noen konsekvenser dersom dette var et resultat av at infiltratøren i en presset situasjon gjør noen feilvurderinger. Om infiltratørens handlinger går utover en uskyldig tredjemann vil også være et relevant moment. Det kan for eksempel som utgangspunkt ikke aksepteres at en infiltratør, for å virke troverdig overfor en voldelig gjeng, slår ned en tilfeldig forbigående. Slike tilfeller kan være aktuelle, og dersom slikt skal aksepteres må situasjonen være så alvorlig at handlingen nærmest får karakter av en slags nødrett. Dersom infiltratøren kan utføre sitt oppdrag uten å måtte bryte noen straffebestemmelser, er dette alternativet selvfølgelig det sikreste.

I NOU 2004: 6 punkt 7.5.1.6 gir Politimetodeutvalget uttrykk for at det er usikkert hvor langt den alminnelige rettsstridsreservasjonen kan legalisere lovbrudd fra infiltratøren, siden ”det er betenkelig å la politiet begå straffbare handlinger i kraft av en ulovfestet og uklar hjemmel. Særlig tatt i betraktning av at det også benyttes andre enn polititjenestemenn som infiltratører.” Av denne grunn vil flertallet av utvalget fremme forslag om lovhjemmel for å gi infiltratøren tillatelse til å utføre enkelte lovbrudd.

3.4 Særlig om bruk av falsk legitimasjon

Som nevnt tidligere er det ofte nødvendig for den infiltrerende å utstyre seg med en falsk legitimasjon. En slik bruk som ledd i politietterforskning vil som sagt ikke være rettstridig etter straffeloven § 182. Men bruken av falsk legitimasjon reiser likevel en del spørsmål som ble berørt av Justisdepartementet i St.meld. nr. 65 (1991-92) i forbindelse med den såkalte ”Mossad”-saken.

I ”Mossad”-saken hadde overvåkningspolitiet under avhør av noen asylsøkere, aktivt bidratt til å føre dem bak lyset ved å presentere noen representanter for den israelske etterretningsorganisasjonen Mossad, som den norske overvåkningstjenestens eksperter. Dette ble gjort ved å bruke en representant for Mossad med nordisk utseende og kle han

som en norsk tjenestemann, samt underbygge det hele med å utstyre han med norsk pass.⁸⁸ Passet, som var utstedt av passkontoret ved Asker og Bærum politikammer, var utfylt med navnet ”Tom Hansen”, og det inneholdt et bilde av representanten for Mossad. Det var for øvrig stemplet ”ugyldig” på nesten alle sider. Passet ble oppbevart i representantens lomme under avhørene, og ved noen anledninger ble det ”tilfeldigvis” lagt frem på bordet foran asylsøkerne. Det ble aldri åpnet i nærvær av asylsøkerne, og mellom avhørene ble passet oppbevart i et sikkerhetsskap ved det samme politikammeret der det var utstedt fra.⁸⁹ Forslaget ble muligens fremmet av Mossad, men bruken av norsk pass ble uansett godskjent av daværende politiinspektør ved Overvåkingssentralen. For øvrig ble ikke selve *samarbeidet* med utenlandske tjenestemenn kritisert av departementet, men *måten samarbeidet skjedde på*. Blant annet ble det påpekt at siden asylsøkerne var palestinere med bakgrunn fra PLO, hadde ikke overvåkningspolitiet overveid den fare eller ulempe samarbeidet med Mossad kunne få for den enkelte asylsøker.⁹⁰ Og dessuten hadde store deler av avhørene blitt utført på arabisk, slik at norske myndigheter ikke hadde kontroll på gjennomføringen.

I rapporten fra en av tjenestemennene ved Overvåkingssentralen fremgår formålet ved passbruken ”at det skulle underbygge inntrykket av at Tom var norsk, og at han i samtalesituasjonen tilfeldig skulle ta passet fram sammen med andre personlige eiendeler, slik at asylsøkerne skulle få glimt av det før han igjen la passet tilbake i lommen”.⁹¹

Selv om representanten for Mossad aldri ble presentert som norsk, hadde altså arrangementet åpenbart som siktemål å manipulere asylsøkerne til å tro at de snakket med norske tjenestemenn. I utgangspunktet hadde Overvåkningspolitiet opptrådt åpent og tillitvekkende ved at det fra de norske tjenestemennene ikke ble lagt skjul på at de tilhørte overvåkningstjenesten og at de ønsket en sikkerhetssamtale som i første rekke ikke hadde noe med asylsøknaden å gjøre. Det var særlig på dette grunnlag at overvåkningstjenesten

⁸⁸ St.meld. nr. 65 (1991-92) punkt 2 tredje avsnitt.

⁸⁹ St.meld. nr. 65 (1991-92) punkt 3.1 andre avsnitt

⁹⁰ St.meld. nr. 65 (1991-92) punkt 4.1 andre avsnitt

⁹¹ St.meld. nr. 65 (1991-92) punkt 4.2.1 tredje avsnitt

hadde opptrådt kritikkverdig ved at de misbrukte den opparbeidede tillit ved å ha Mossad til stede under avhørene, noe som kunne føre til represalier for asylsøkerne eller deres familie i hjemlandet.⁹²

Stortingsmeldingen gir uttrykk for at "[p]asset ble brukt på en måte som ved vanlig straffeprosessuell etterforskning formentlig ville blitt rubisert som en utradisjonell etterforskningsmetode".⁹³

Om bruken av falsk legitimasjon generelt uttales det fra Justisdepartementet:

"Departementet har forståelse for at det kan oppstå situasjoner der politiet har behov for å skjule sin identitet slik at bruk av uriktig legitimasjon kan forsvares. Det er en naturlig konsekvens av politiets oppgaver at det både innenfor forebyggende virksomhet og etterforskning av straffbare handlinger kan ha behov for å opptre i det skjulte. Bruk av sivilkledd spanere er f. eks. en alminnelig akseptert og helt nødvendig fremgangsmåte i politiarbeidet"⁹⁴

Disse uttalelsene viser at bruken av falsk legitimasjon er akseptert av Justisdepartementet i visse tilfeller, men i denne konkrete saken var metoden kritikkverdig. "Mossad"-saken var grunnen til at Riksadvokaten senere i et brev gav retningslinjer om bruk av uriktig legitimasjon.⁹⁵ I brevet blir det stilt noen krav til bruken, som kort fortalt går ut på at:

- Bruken må være absolutt nødvendig.
- Bruken må gjelde saker av alvorlig karakter.
- Avgjørelsen om å bruke falsk legitimasjon må treffes av politimesteren.
- Man må være tilbakeholden med å utstyre andre enn polititjenestemenn med uriktig legitimasjon.
- Bruken må kun godtas i en kort periode.

⁹² St.meld. nr. 65 (1991-92) punkt 4.4.3

⁹³ St.meld. nr. 65 (1991-92) side 15 første avsnitt

⁹⁴ NOU 1997: 15 sjette avsnitt

⁹⁵ Riksadvokatens brev til Statsadvokatene i Eidsivating av 8. Juli 1994 om retningslinjer om bruk av uriktig legitimasjon.

- Endelig må det utarbeides gode rutiner slik at etterfølgende kontroll kan utføres.

4 Noen bemerkninger om bevisførsel ved infiltrasjon

4.1 Innledning

Til nå har vi sett på hva infiltrasjon innebærer og hvor langt retten strekker seg til å benytte denne uordinære etterforskningsmetoden. Nå vil jeg drøfte noen problemstillinger som melder seg ved rettergang av saker der infiltrasjon har blitt benyttet. Kjernen i etterforskningsmetoden infiltrasjon er altså at den infiltrerende prøver å skaffe seg informasjon om mulige lovbrudd uten å røpe sin virkelige identitet. Det kan derfor tenkes seg at det oppstår behov for at den infiltrerende senere skal få vitne anonymt. Behovet kan være begrunnet av hensyn til den pågående etterforskningen; det kan tenkes at den infiltrerende må vitne på et tidspunkt der han ennå ikke har avsluttet infiltrasjonsoppdraget, eller behovet kan være begrunnet av hensyn til senere etterforskning. Dersom vitnet skal fortsette å delta i skjult etterforskning er det viktig at identiteten hans ikke avsløres. Siden infiltrasjon som etterforskningsmetode ofte blir benyttet ved alvorlig kriminalitet, er faren også stor for represalier fra de kriminelle. Behovet for å vitne anonymt kan derfor også være begrunnet av hensyn til sikkerheten til den infiltrerende selv eller hans familie. Det må her påpekes at behovet for anonymitet også oppstår i andre tilfeller enn under domstolsbehandlingen av en sak, men av hensyn til oppgavens omfang må fremstillingen begrenses til anonymt vitneførsel under domstolsbehandling.

En annen problemstilling som skal trekkes frem er hvordan man skal forholde seg til bevis som er ervervet under en infiltrasjon som må anses ulovlig på grunn av overskridelser av de rettslige rammene. Kan man da nekte framleggelsen av bevis ervervet under ulovlig infiltrasjon, eller kan bruken godtas i enkelte tilfeller?

4.2 Anonyme vitner

Begrepet ”anonyme vitner” brukes om det tilfellet hvor et vitne kommer med informasjon som kan ha betydning for saken, men hvor dette vitnets identitet holdes skjult for den tiltalte. Dette kan enten skje ved at vitnet forklarer seg for en lukket domstol uten at tiltalte er til stede, eller ved at det leses opp en forklaring for domstolen uten at vitne selv er til stede. Etter straffelovens §§ 245, 271 og 284 kan retten noen ganger beslutte at siktede skal forlate rettssalen mens et vitne blir avhørt, men dette anses ikke som det samme som anonym vitneførsel, siden det i slike tilfeller ikke er noe garanti for at identiteten til vitne likevel ikke blir kjent for den tiltalte.

4.2.1 Tidligere rettstilstand

I norsk rett var det tidligere antatt at siden vår straffeprosesslovgivning ikke inneholdt uttrykkelige regler om anonym vitneførsel, var det ikke anledning til å føre anonyme vitner. En slik adgang kunne heller ikke utledes av lovens system eller prinsipper.⁹⁶ Dette ble også slått fast i Rt 1997s. 869. Dommen gjaldt to britiske polititjenestemenn som ved hjelp av infiltrasjon hadde hjulpet Oslo politikammer i etterforskningen av tyveriet av ”skrik”-maleriet. Britene ble avhørt ved bevisopptak i London. Dette ble senere fremlagt og dokumentert, og deretter lest opp under hovedforhandlingen i byretten. Vitnene oppga verken riktig navn eller andre personalia, jf straffeprosessloven § 130. Både byretten og lagmannsretten ga adgang til dette, men beslutningene ble påanket av de tiltalte. Høyesterett fant enstemmig at britene ikke kunne avgi forklaringer uten å gi den informasjonen som kreves etter straffeprosessloven § 130:

”Lagmannsretten har forstått og anvendt straffeprosessloven på feil måte når den legger til grunn at loven ikke inneholder direkte hjemmel for løsningen av spørsmålet om anonym vitneførsel er tillatt. Straffeprosessloven § 130 må forstås slik at rettens formann i rettsmøtet skal spørre et vitne om navn, fødselsår og dag, stilling, bopel/arbeidssted og forholdet til siktede og fornærmede. Det følger av bestemmelsens ordlyd, formål og sammenhengen med bestemmelsene om vitneplikt i straffeprosessloven, at vitner ikke kan opptre under dekknavn.”⁹⁷

⁹⁶ Bjerke og Keiserud I s 387

⁹⁷ Se dommens side 872 avsnitt 8

Videre uttales det på side 876:

”I hvilken utstrekning anonym vitneførsel bør tillates etter norsk rett hører etter min mening under lovgiveren å ta stilling til.”

Men selv om adgangen til å benytte anonyme vitner ikke forelå i norsk rett, hadde forarbeidene til den nåværende straffeprosessloven likevel noen uttalelser om behovet for dette.⁹⁸ Det ble uttalt at behovet kunne oppstå som følge av kriminalitetsutviklingen, der en slik mulighet kunne være nødvendig for å hindre represalier mot et vitne.

Metodeutvalget påpekte også at spørsmålet om å anvende anonyme vitner kunne være aktuelt ved politiets bruk av infiltrasjon, og at andre land hadde innført adgang til slik vitneførsel, noe også EMD til en viss grad har akseptert. I denne sammenhengen ble også Norges særegenhet av å være et lite land trukket frem; siden det norske samfunnet er lite og gjennomsliktig er etterfølgende vitnebeskyttelse i form av ”ny identitet” og endret oppholdssted vanskelig å få til i Norge, slik at behovet for å åpne for anonymt vitneførsel er desto større. Men noe lovforslag ble ikke fremmet, selv om man anbefalte at spørsmålet om tillatelsen av slike vitner burde bli vurdert nærmere senere.

4.2.2 Betenkeligheter ved benyttelsen av anonyme vitner

Dersom infiltrasjon blir brukt som ledd i politiets etterforskning, kan det altså oppstå behov for å tillate anonyme vitner. En rekke betenkeligheter knytter seg til dette. Vårt rettssystem er bygget opp etter den tanken at det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt. Spørsmålet er om bruken av anonyme vitner går utover denne tankegangen, slik at faren for å dømme uskyldige øker. Temaet er altså hvilken negativ betydning anonym vitneførsel vil få for rettssikkerheten til den tiltalte. Det er særlig mangelen på muligheten til å vurdere vitnets habilitet og for muligheten til å krysseksaminere vitnet betenkelighetene knytter seg til.

⁹⁸ NOU 1997; 15 punkt 2.23

4.2.2.1 Kontroll av vitnets habilitet

Et av hensynene bak straffelovens § 130 første ledd om at vitnet må oppgi sitt navn og sitt forhold til tiltalte også videre, er at tiltaltes forsvar da skal ha mulighet til å sjekke vitnets habilitet⁹⁹. Dersom vitnets identitet holdes skjult vil det være umulig for tiltalte å vurdere hans troverdighet og pålitelighet. Hvilken mulighet har for eksempel den tiltalte til å avsløre en løgner, dersom han ikke engang vet hvem det er som lyver? Og dersom et vitne for eksempel har skjulte motiver for å forklare seg uriktig, vil tiltaltes muligheter for å avsløre dette være umulig dersom han ikke kjenner identiteten til vitnet. Å vite hvem man forsvarer seg mot, kan være vel så viktig som å vite hva man forsvarer seg mot. I Kostovski mot Nederland ble denne negative konsekvensen for forsvaret til tiltalte tatt opp av EMD:

”If the defence is unaware of the identity of the person it seeks to question, it may be deprived of the very particulars enabling it to demonstrate that he or she is prejudiced, hostile or unreliable. Testimony or other declarations inculcating an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous and the defence will scarcely be able to bring this to light if it lacks the information permitting it to test the author’s reliability of cast doubt on his credibility. The dangers inherent in such a situation are obvious”.¹⁰⁰

Denne negative konsekvensen for tiltaltes forsvar kan til en viss grad avhjelpes ved at forsvareren får vite identiteten til vitnet. Man må gå ut i fra at de fleste forsvarere opptrer etisk forsvarlig av hensyn til taushetsplikten overfor sin klient, og hvis de ikke gjør det kan de risikerer å bli hovedmistenkt dersom identiteten til vitnet avsløres. Men siden forsvareren likevel ikke kan konfrontere sin klient med de opplysningene han har fått kjennskap til på grunn av taushetsplikten, kan det stilles spørsmål til hvilken nytte forsvareren har av dette. Dessuten kan dette sette forsvareren i en vanskelig stilling, og det kan også svekke tillitsforholdet mellom forsvareren og tiltalte. Men uansett så kan forsvareren, uten tiltaltes medvirkning, foreta noen skritt som kan avsløre eventuelle habilitetsmangler hos vitnet, og dette kan være styrkende for tiltaltes rettssikkerhet. Praksis

⁹⁹ Rt 1997 s. 869

¹⁰⁰ Kostovski mot Nederland A/166, punkt 42

fra EMD¹⁰¹ viser også at det har blitt lagt avgjørende vekt på om forsvareren kjente identiteten til det anonyme vitnet eller ikke.

At dommeren kjenner til vitnets identitet kan også til en viss grad avhjelpe de negative konsekvensene av at vitnets identitet ikke er kjent for tiltalte. Dette ble uttalt i Doorsen mot Nederland der avhøret var utført av dommeren uten at tiltalte var til stede:

”...the ”counterbalancing” procedure followed by the judicial authorities in obtaining the evidence of witnesses Y.15 and Y.16 must be considered sufficient to have enabled the defence to challenge the reliability of their of their statements...”¹⁰²

Dersom vitnet fremstår som lite troverdig eller dersom det går fram at vitnet kan ha sine egne motiver for å tale til ulempe for den tiltalte, vil en dommer selvfølgelig ta hensyn til dette. Men det kan ikke forventes at dommeren i samme grad som tiltalte vil ha muligheten til å kontrollere om det foreligger momenter som kan svekke habiliteten, siden dommeren tross alt ikke har vært part i den situasjonen som fører til at vitnet kommer med sin forklaring. At dommeren kjenner til vitnets identitet vil derfor bare være kompensierende for den tiltalte i de klare tilfellene der det er mulig å slutte noe om vitnets habilitet ut i fra en ytre vurdering av forklaringen som gis.

Det må til slutt nevnes at betenkeligheter med hensyn til kontroll av det anonyme vitnets habilitet gjør seg særlig gjeldende der infiltratøren selv ikke tilhører politiet, men for eksempel er en person med tilknytning til et kriminelt miljø. Der infiltratøren er en polititjenestemann, vil det sjelden foreligge skjulte motiver for å forklare seg uriktig, og den tiltaltes rettssikkerhet vil svekkes i mindre grad. Dette ble også lagt til grunn i forarbeidene:

”Som det går frem foran, mener departementet at anonymt vitneførsel særlig vil være aktuelt ved avhør av tilfældighetsvitner eller politivitner som har deltatt skjult i

¹⁰¹ Ot.prp. nr 40 (1999-2000) side 44, tredje avsnitt

¹⁰² Doorsen mot Nederland, dom av 26. mars 1996, punkt ”

etterforskningen. Dette er vitner som den tiltalte vanligvis ikke kjenner fra før. Han vil dermed sjelden sitte inne med opplysninger som er av betydning for å vurdere vitnets troverdighet. Vitnet vil dessuten vanligvis ikke ha skjulte motiver for å forklare seg uriktig. Mer generelle undersøkelser om vitnets troverdighet kan foretas av politiet, forsvaret og retten uavhengig av om den tiltalte kjenner identiteten”.¹⁰³

4.2.2.2 Retten til å krysseksaminere – kontradiksjonsprinsippet

Et av grunnprinsippene i vår straffeprosesslovgivning er kontradiksjonsprinsippet. Dette prinsippet ligger til grunn for store deler av straffeprosessen, og går ut på at det ikke kan avsies dom uten at partene har fått anledning til å uttale seg. Formålet med kontradiksjon er at avgjørende myndighet treffer en riktig avgjørelse, samt å skape tillit til prosessen og avgjørelsen. Viktigst er denne retten for den tiltalte, og i straffeprosessloven § 92 første ledd andre setning har dette prinsippet kommet til uttrykk ved at den tiltalte ”skal gis anledning til å gjendrive de grunner som mistanken beror på...”. Denne retten til krysseksaminasjon er også slått fast i EMK art 6.3(d):

”Everyone charged with a criminal offence has the following minimum right: (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him”

Denne retten til å ta til motmæle er avhengig av at tiltalte blir gitt en reel mulighet til å forsvare seg mot de påstander som er rettet mot ham, noe som bare i begrenset grad vil være tilfelle ved benyttelsen av anonyme vitner mot han. Siden man ikke vil risikere at vitnets identitet avsløres av den tiltalte, vil man begrense den tiltaltes mulighet til å stille vitnet spørsmål. Straffeprosessloven § 130a tredje ledd bokstav c åpner for at det kan settes i gang tekniske tiltak, Jo Hov nevner for eksempel en forvridning av stemmen¹⁰⁴ slik at det skal bli vanskeligere å gjenkjenne vitnet. I teorien kan det derfor tenkes at vitnet kan utspørres, men er det likevel betenkeligheter i forhold til dette. For at identiteten skal kunne holdes hemmelig, vil det måtte stilles krav til hvilke spørsmål som kan stilles, noe som vil føre til begrensninger i retten til kontradiksjon. Dette var for eksempel tilfelle i Doorsen

¹⁰³ Ot.prp. nr 40 (1999-2000) side 30, fjerde avsnitt

¹⁰⁴ Jo Hov, Rettergang I s. 272

mot Nederland, der forsvareren fikk stille spørsmål til vitnene som ikke innebar at deres identitet ble avslørt.¹⁰⁵

EMK art 6.3(d) må etter EMDs praksis leses i sammenheng med artikkel 6.1 som setter krav om "fair trial". Dette innebærer at retten til kontradiksjon kan begrenses forutsatt at tiltalte likevel får en rettferdig prosess. I Doorsen mot Nederland ble det uttalt at bruken av anonymt vitneførsel ikke i seg selv vil være i strid med konvensjonens krav til rettferdig rettergang, forutsatt at det godtgjøres at "the handicaps under which the defence laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities".¹⁰⁶ Det ble også uttalt at en domfellelse ikke må baseres utelukkende eller på en avgjørende måte på anonyme vitner, og at slike forklaringer som begrenser den retten konvensjonen i utgangspunktet forutsetter, må under enhver omstendighet behandles med stor forsiktighet.¹⁰⁷

4.2.3 Betenkeligheter ved ikke å tillate anonyme vitner

Anonymt vitneførsel er rettssikkerhetsmessige betenkelig. Hovedargumentet mot slik vitneførsel er at det reduserer tiltaltes mulighet til å forsvare seg på en betryggende måte, slik at det kan føre til at uskyldige blir dømt. Men selv om rettssikkerheten til den tiltalte svekkes, så kan det hevdes at *rettsstaten* som sådan styrkes ved anonymt vitneførsel.

Rettstaten hadde blitt svekket i større grad dersom rettsapparatet ikke ble gitt muligheten til å ta opp kampen mot de som prøver å slippe unna straff for alvorlig kriminalitet ved å true vitner. I mange saker er vitner det sterkeste beviset politiet har, og dersom disse ikke gis den beskyttelsen forholdene taler for, vil få stå fram av frykt for sin egen sikkerhet. Dette vil på sin side også sende et uheldig signal til de kriminelle, som i større grad vil satse på trusler som den tryggeste garantien for å unngå straffeforfølgning. En slik tilstand ville ført til at de mest brutale og truende kriminelle ville være de som lettest slapp unna konsekvenser for sine ulovlige handlinger. En slik utvikling vil vært uheldig, og det er

¹⁰⁵ Doorsen mot Nederland, dom av 26. mars 1996 pkt 25

¹⁰⁶ Doorsen mot Nederland pkt 72

¹⁰⁷ Doorsen mot Nederland pkt 76

viktig at politiet gis muligheten til å benytte andre metoder i takt med den kriminelle utviklingen. Etter min mening vil derfor benyttelsen av anonyme vitner, i samsvar med lovgivning og praksis etter EMD, føre til en styrking av rettsstaten, selv om den fører til en svekkelse av rettsikkerheten til den tiltalte.

4.2.4 Rettstilstanden i dag

I 1999 ble straffeprosessloven tilført en ny bestemmelse om bruken av anonyme vitner. Straffeprosessloven § 130a åpner for bruken av anonyme vitner i bestemte saker. De sakene som er omtalt i denne paragrafen omfatter alvorlig kriminalitet som terrorhandlinger, narkotikakriminalitet, ran, drap osv. Vilkåret for å benytte anonyme vitner etter denne bestemmelsen, er at det må foreligge fare for vitnets liv, helse eller frihet dersom hans identitet bli kjent. Det er også adgang til å holde vitners identitet skjult dersom det er av vesentlig betydning for vitnets mulighet til å delta i skjult etterforskning av andre slike saker. Bestemmelsen inneholder videre et vilkår om at anonymiteten bare kan besluttet dersom det er strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter med hensyn til siktedes forsvar.

Forarbeidene¹⁰⁸ til straffeloven § 130a viser til samfunnsutviklingen som den viktigste begrunnelsen for åpningen av bruk av anonyme vitner. Den viser til at de kriminelle i mye større grad enn tidligere benytter vold og trusler for å påvirke politiet og vitner under en straffesak.¹⁰⁹ Forarbeidene uttrykker at det i særlig to typer situasjoner kan være aktuelt med anonymt vitneførsel, siden tiltalte i disse tilfellene vanskelig kan gjette seg fram til identiteten til vitnet.¹¹⁰ Den første er den situasjonen der et vitne ikke er tilknyttet den tiltalte, fordi han enten ble vitne av tilfeldige grunner eller at han har infiltrert i et miljø av kriminelle. Den andre situasjonen er der det er mange involverte i en straffesak, slik at det kan være vanskelig å slutte seg til hvem det var som var vitne. Uttalelsene bærer altså preg av at det i de fleste sakene ikke er noe stort behov for å åpne for at vitner kan forklare seg

¹⁰⁸ Ot.prp. nr 40 (1999-2000)

¹⁰⁹ Punkt 3 i forarbeidene

¹¹⁰ Punkt 5.5.2.1 i forarbeidene

anonymt. Men samtidig gir uttalelsene også inntrykk av at i de få tilfellene det er aktuelt med anonyme vitner, er behovet både reelt og nødvendig. Særlig infiltrasjon blir trukket fram som en etterforskningsmetode der bruken av anonyme vitner vil være av avgjørende betydning.

Som det fremgår av det som er skrevet under forrige punkt vil bruken av anonyme vitner ikke krenke den retten tiltalte har etter EMK art 6 om ”fair trial”, under forutsetning av at retten sørger for at de vansker forsvaret fikk som følge av vitnets anonymitet blir tilstrekkelig oppveid gjennom saksbehandlingen. Straffeprosessloven § 130a inneholder selv slike forutsetninger for bruken av anonyme vitner. Forarbeidene nevner for eksempel i forbindelse med bestemmelsens andre ledd, om at bruk av anonyme vitner ikke beslutes hvis det medfører ”vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar”, at det avgjørende vil være i hvor stor utstrekning den siktedes adgang til kontradiksjon begrenses.¹¹¹ Straffeprosesslovens § 130a forutsettes derfor å være i samsvar med EMD praksis.

4.3 Bevis ervervet under ulovlig infiltrasjon

Dersom de rettslige rammene for politiets bruk av infiltratører overskrides, kan det fastslås at infiltrasjonen har vært ulovlig.¹¹² Men i slike situasjoner vil infiltrasjonens lovmessighet først komme opp til vurdering for domstolene etter at etterforskningen er avsluttet og tiltale er tatt ut på grunn lag av de bevisene infiltratøren fremskaffet under etterforskningsmetoden. Når dette så skjer vil politiet allerede ha for hånden en rekke bevis som var ervervet mens infiltrasjonen foregikk. Problemstillingen som her skal drøftes er hva som skal skje med de bevisene som er ervervet under den ulovlige infiltrasjonen. Skal bevisene avskjæres eller kan de tillates ført for retten?

¹¹¹ Ot.prp. nr 40 (1999-2000) side 114

¹¹² Jfr. Kap 2.5

Adgangen til å avskjære bevis som har blitt ervervet på utilbørlig måte har blitt lovfestet i tvisteloven § 22-7 om sivile saker, men en tilsvarende bestemmelse finnes ikke i straffeprosessloven. I forarbeidene til tvisteloven uttales det at bestemmelsen tar ”sikte på å videreføre gjeldende rett i henhold til den rettspraksis som foreligger”.¹¹³ Den rettspraksisen det der siktes til gjelder også for bevisavskjæring på straffeprosesslovens område.

I norsk rett har den vanligste oppfatningen av avskjæringsspørsmålet vært den at et ulovlig ervervet bevis ikke kan framlegges hvis bruken av det vil innebære en ytterligere rettskrenkelse overfor den annen part.¹¹⁴ I Rt 1991 s. 616 avskjæret høyesterett bruk av et videoopptak som bevis i en straffesak mot en ansatt som var siktet for underslag overfor sin arbeidsgiver. Opptaket var gjort av arbeidsgiveren uten at den ansatte var klar over dette. Høyesterett fant at opptaket sannsynligvis måtte anses å være i strid med arbeidsmiljøloven, men dette var etter Høyesteretts oppfatning alene ikke tilstrekkelig til at det måtte avskjæres som bevis i straffesaken. Men det at siktede var utsatt for ulovlig overvåkning var en så alvorlig integritetskrenkelse at beviset ikke burde tillates ført. Rt 1999 s. 1269 er også av interesse. En fengselsbetjent var tiltalt for å ha hjulpet en fange til å rømme. Politiet skaffet bevis mot han ved at en infiltratør tok opp samtale med han ved hjelp av skjult mikrofon. Det finnes ingen forbud mot å ta opp slike samtaler, men Høyesterett mente at dersom en ved slike metoder lurte siktede til å røpe seg selv, så var det i seg selv i strid med forbudet mot selvinkriminering. Beviset måtte altså avskjæres fordi det var i strid med selvinkrimineringsforbudet.

Om bevis ervervet under ulovlig infiltrasjon kan benyttes under rettsaken vil derfor være avhengig av om bruken vil utgjøre en ytterligere rettskrenkelse overfor tiltalte. Dersom bruken ikke utgjør en rettskrenkelse vil man måtte tillate bevisføringen. Men når bruken utgjør en rettskrenkelse, er det på et generelt grunnlag ikke lett å si noe om. Rettspraksis vil her være en veiledning. Dersom en infiltratør lurte siktede til å røpe seg selv, slik tilfellet

¹¹³ NOU 2002: 32 s. 961

¹¹⁴ Se Jo Hov Rettergang I, side 310 og Rt 1999 s. 1269

var i Rt 1999 s. 1269, vil det være i strid med forbudet mot selvinkriminering, slik at innrømmelsen må avskjæres som bevis i en senere rettssak. Andre forklaringer som blir gitt til infiltratøren må trolig også kunne avskjæres dersom infiltrasjonen er ulovlig som følge av at virksomheten er sterkt inngripende. Også her kan man legge til grunn samme synspunkt som i den overnevnte dommen, nemlig at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert et ”grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess”¹¹⁵ og at å tillate beviset ført overfor domstolen vil måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelsen som ble begått under ervervelsen av beviset. Også hjemmelskravet for inngrep mot borgerne fortjener karakteristikken ”grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess”, slik som forbudet mot selvinkriminering fikk i den nevnte dommen. Det samme vil også være tilfellet dersom EMK art 8 om retten til privatliv er krenket under infiltrasjonen; bruk av for eksempel samtaler mellom den siktede og infiltratøren som bevis vil her trolig utgjøre en gjentakelse av den krenkelsen siktede opprinnelig ble utsatt for. Dette eksemplet skiller seg egentlig ikke stort fra det som var tilfellet i Rt 1991 s. 616; dersom ulovlig overvåkning utgjør en så alvorlig integritetskrengelse at beviset ikke burde tillates først, må vel det samme kunne sies om en ulovlig infiltrasjon der tiltalte utsettes for en ”ansikt til ansikt”-kontakt, noe som kan være like krenkende.¹¹⁶ Men i tvilstilfeller må det nok foretas en interesseavveining, der alvoret av den staffbare handlingen må veies opp mot grovheten av den krenkelsen som ble begått. Et annet moment som her vil være av betydning er hvor viktig det er at beviset ikke avskjæres. Der det snakk om et alvorlig lovbrudd og det ulovlige ervervede beviset er helt avgjørende for å dømme den tiltalte, vil jeg anta at det skal mye til før domstolen avskjærer beviset.

¹¹⁵ Rt 1999 s. 1269 på s. 1271 nest siste avsnitt

¹¹⁶ Jens Petter Berg, yulex 2001, side 74

5 Avslutning

5.1 Bør infiltrasjon lovreguleres?

Infiltrasjon er i dag ulovfestet.¹¹⁷ Fra lovgiverhold ble spørsmålet om lovregulering av infiltrasjon i begynnelsen så vidt berørt, men det forelå en generell enighet om at det ikke var behov for å lovregulere infiltrasjon.¹¹⁸ Men i NOU 2004: 6 ble spørsmålet på nytt tatt opp, og denne gangen ønsket flertallet å fremme et forslag om lovfesting. I det følgende skal det drøftes om infiltrasjon bør lovreguleres, og hva som taler for og mot en lovregulering.

Som det fremgår av Kap 2, må politiet ved bruk av infiltrasjon holde seg innenfor de reglene som, i mangel av lovregulering, følger av forarbeider og rettspraksis. Ved fastsetting av disse rettslige rammene må det foretas en helhetsvurdering der alt fra alvorligheten av den staffbare handlingen, til intensiteten av inngrepet vil ha betydning. Dette fører til at rettstilstanden på infiltrasjonens område er alt annet enn presis og oversiktlig. Det største argumentet for lovregulering er derfor hensynet til klarhet og forutberegnelighet for borgerne. Dersom man har en lovbestemmelse å forholde seg til, vil man lettere kunne konstantere når infiltrasjon går for langt. Lovregulering av infiltrasjon vil altså skape en bedre oversikt over den rettslige tilstanden, og dette vil også føre til en bedring av rettsikkerheten til den som utsettes for etterforskningsmetoden. Det kan også argumenteres for at en lovregulering vil øke tilliten til politiet, ved at en beslutning om å iverksette infiltrasjon da vil ha en demokratisk legitimitet.

Men at rettstilstanden på dette området er upresist kan også være et argument som kan tale mot lovregulering av infiltrasjon. Siden de rettslige rammene for bruken av infiltrasjon i dag følger av en rekke sammensatte vurderinger, kan retts tekniske hensyn gjøre det svært vanskelig å formulere en bestemmelse. Allerede i Riksadvokat Dorenfeldts artikkel i LoR ble denne problemstillingen nevnt. Riksadvokaten uttalte at ”grensen for den tillatte

¹¹⁷ Se Kap 2.

¹¹⁸ Se for eksempel Ot prp nr 35(1978-79) femte del kap18 tredje avsnitt, Ot prp nr 64 (1998-99) s 122 avsnitt 1.6.1.4 og NOU 1997: 15 punkt 2.25 første avsnitt.

provokasjon vil bli meget vanskelig å formulere.”¹¹⁹ Dette talte i følge Riksadvokaten mot lovregulering. Selv om uttalelsen direkte angikk provokasjon, kan lignende argument også anvendes i forhold til infiltrasjon, og etter min mening med større tyngde. Selv om grensene for tillatt provokasjon vanskelig kan fastsettes på et generelt grunnlag, har man i dag i hvert fall omfattende rettspraksis på dette området. På grunnlag av denne rettspraksisen foreligger det også en rekke retningslinjer om provokasjon, slik at man ved formuleringen av en bestemmelse har noe å støtte seg opp mot. Slik er ikke tilfelle når det gjelder infiltrasjon som sådan; her finnes det lite rettspraksis, slik at man vil ha få holdepunkter ved formuleringen av en bestemmelse. Men andre utradisjonelle etterforskningsmetoder, som for eksempel kommunikasjonskontroll etter straffeprosessloven § 216a eller teknisk avlytting etter straffeprosessloven § 216l, er i dag også lovregulert. Også etter disse lovbestemmelsene blir det nødvendig å foreta en helhetsvurdering der de samme momentene, som har betydning ved infiltrasjon, spiller inn. Rettstekniske hensyn hindret ikke lovregulering av disse etterforskningsmetodene, så hvorfor skulle situasjonen være annerledes ved infiltrasjon?

I Rt 1984 s. 1076 uttalte domstolen at når lovgiveren hadde avstått fra å gi regler om bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, så var meningen at domstolene skulle trekke opp grensene i det enkelte tilfellet.¹²⁰ Dette bringer meg over til neste argument som taler mot lovfesting; lovfesting av infiltrasjon kan føre til en fastlåsing av rettstillstanden som kan få negative følger for denne etterforskningsmetodens fleksibilitet.¹²¹ Dersom forholdet ikke er lovregulert er fordelen den at domstolene hele tiden vil vurdere grensene for infiltrasjon i takt med utviklingen i samfunnet, slik at for eksempel intensiteten av infiltrasjonen vil være avhengig av hvor alvorlig lovbruddet er. Slik vil tilpasningen skje fra sak til sak, og man unngår den tidskrevende prosessen som en lovendring innebærer. Med domstolen som rettsutvikler vil infiltrasjon altså være mer effektiv i bekjempelsen av kriminalitet.

¹¹⁹ Dorenfeldt, LoR. 1978, s. 302.

¹²⁰ Rt 1984 s. 1076, side 1079 tredje avsnitt

¹²¹ Ot.prp nr.64(1998-99) punkt 16.2,4

Flertallet i Politimetodeutvalget går inn for lovfesting av infiltrasjon for i sikre overholdelse av forpliktelsene etter EMK art 8 om retten til respekt av privatliv¹²².

Forslaget går blant annet ut på å avgrense etterforskningsmetodens rekkevidde ved foreslå en legaldefinisjon av uttrykket infiltrasjon. Denne definisjonen er i lovforslaget uttrykt slik:

Politi-loven § 8-1 Definisjoner av de enkelte metoder

(4) Med infiltrasjon forstås det at en polititjenestemann eller en som opptrer på vegne av politiet uten å gi seg til kjenne, holder kontakt med en person eller gruppe av personer for å hente ut informasjon. Som infiltrasjon regnes også at politiet avlytter samtaler politiet ikke deltar i, dersom bare den ene av samtalepartene har gitt samtykke, og også gjennomføring av samtale når samtaleparten ikke er kjent med at han samtaler med en polititjenestemann.

Lovforslaget begrenser videre politiets adgang til å bruke infiltrasjon til de tilfellene der det er grunn til å anta at personen forbereder en straffbar handling som etter loven kan medføre strengere straff enn fengsel i 6 måneder:

Politi-loven § 8-11 Infiltrasjon

(1) Politiet kan iverksette infiltrasjon overfor person eller personer som det er god grunn til å tro forbereder en straffbar handling som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder. Politiets sikkerhetstjeneste kan iverksette infiltrasjon formålsbestemt for å løse oppgaver etter § 2-2 (1).

Flertallets forslag inneholder videre en regel om at beslutning om infiltrasjon skal foretas av politimesteren, og at tillatelsen til å gjennomføre infiltrasjon skal gis for et bestemt tidsrom. Dessuten kodifiseres en rekke av de momentene som i dag har betydning ved vurderingen av om infiltrasjon er lovlig (jf. min understreking):

(2) Beslutning om infiltrasjon etter (1) skal treffes av politimesteren, eller av sjefen for Politiets sikkerhetstjeneste dersom det gjelder sak som angår § 2-2 (1). Tillatelse kan bare gis når infiltrasjon antas å ville være av vesentlig betydning for å forebygge den straffbare handling eller for å løse oppgaver som nevnt i (1), og bare når mindre inngripende metoder ikke anses anvendelige.

(3) Tillatelsen skal gis for et bestemt tidsrom, som ikke må være lenger enn strengt nødvendig, og ikke lenger enn 6 måneder om gangen.

(4) Tillatelse kan likevel ikke gis når det etter inngrepets formål, sakens betydning og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.

¹²² NOU 2004: 6 punkt 10.7.4

Etter min mening er dette lovforslaget et skritt i riktig retning ved at de rettslige rammene for bruken av infiltrasjon (se Kap 2) lovfestes, uten at man risikerer en fastlåsing av rettstillstanden. Etterforskningsmetodens fleksibilitet opprettholdes også ved at formuleringene som er brukt i forslaget inviterer domstolene til å utvikle rettstillstanden i takt med utviklingen i samfunnet. Lovforslaget gjør ingen store endringer i gjeldende rett, men den utgjør en forbedring for rettsikkerheten for den som utsettes for infiltrasjon; forutberegneligheten og klarheten for borgerne sikres ved at man har en lovbestemmelse å forholde seg til. At det er politimesteren som skal fatte beslutning om infiltrasjon er med på å kvalitetssikre slike avgjørelser i større grad enn tidligere. Men den største fordelen med lovforslaget er at den kan sikre overholdelse av forpliktelsene etter EMK art 8 om retten til respekt for privatliv. Som nevnt i Kap 2.4, siste avsnitt, kan man konstantere at dersom infiltrasjon krenker ens rett etter EMK art 8 nr 1, så vil ikke unntaket i EMK art nr 2 kunne anvendes, fordi hjemmelen for infiltrasjon ikke er klar nok. Dette vil stille seg annerledes etter dette lovforslaget.

6 Litteraturliste

Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess*, bind I, Oslo, 1994

Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess*, bind 1, Oslo, 2000

Auglend, Mæland og Røsandhaug, *Politirett*, Oslo, 2004

Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven*, Oslo, 2001

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, Oslo, 2006

Hov, Jo, *Rettergang I*, 2007

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, Oslo, 2002

Berg, Jens Petter, *Bevisbruk under straffesak av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll eller infiltrasjon*, side 72, Yulex 2001

Dorenfeldt, L.J, *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* Lov og Rett, 1978, s.291-303

Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv Nr 2/2000: *Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode*. 26 april 2000

Riksadvokatens rundskriv del II- nr 3/1999: *Etterforskning*. 22 desember 1999

Riksadvokatens brev til Statsadvokatene i Eidsivating av 8. Juli 1994 om retningslinjer om bruk av uriktig legitimasjon.

Forarbeider

NOU 1997:15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed

Ot.prp. nr.35 for 1978-79 Om lov om rettergangsmåten i straffesaker

Ot.prp. nr.64 for 1998-99 Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)

Innst.O nr.3 for 1999-2000 Innstilling fra justiskomiteén om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.)

Ot. prp. nr 22 for 1994-95

St.meld. nr. 65 for 1991-92 Om overvåkningspolitiets behandling av den såkalte ”Mossad-saken”

Ot.prp. nr 40 for 1999-2000 Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (Anonyme vitner)

NOU 2002: 32 Tvistemålsutvalgets innstilling

Rettspraksis

Rt 1998 s. 407

Rt 1984 s. 1076

Rt 1990 s. 531

Rt 1986 s. 779

Rt 1995 s. 33

Rt 1997 s. 869

Rt 1991 s. 616

Rt 1999 s. 1269

EMD:

Ludi mot Sveits (Klagesak nr 12433)

Teixeira de Castro mot Portugal (Klagesak nr 25829)

Sunday times mot Storbritannia (Klagesak nr 6538/74)

Siver mot Storbritannia (klagesak nr 5947/72)

Kostovski mot Nederland A/166, punkt 42

Doorsen mot Nederland, dom av 26. mars 1996

